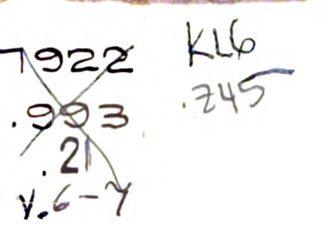
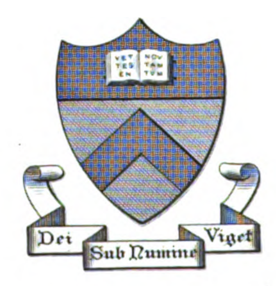

Princeton University Library
32101 047969157


7922
.993
.21
v.6-7




Dei
Sub Numine
Viget



ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

P. v. ROTH, E. I. BEKKER, H. BÖHLAU,
A. PERNICE, R. SCHRÖDER.

SIEBENTER BAND

XX. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTHEILUNG

WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1886.





WEIMAR — HOF - BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des VII. Bandes.

Romanistische Abtheilung.

1. Heft.

2. Heft.

I.

Vom Widerruf des Testamentes durch Zerstörung des Verschlusses.

Von
Herrn Geheimrath Professor Dr. **Schirmer**
in Königsberg.

Nach Krüger's Ausführungen in seinen kritischen Versuchen im Gebiete des römischen Rechts (Berlin 1870 p. 1 ff.) gehört die Zerstörung des Testamentsverschlusses zu denjenigen formlosen Aeusserungen des Widerrufswillens, welche auf die civile Gültigkeit des Testamentes gar keinen Einfluss üben; dieselbe soll vielmehr für den Intestaterben, der sich die bonorum possessio hat geben lassen, bloss eine exceptio, resp. replica doli wider den Eingesetzten begründet haben. Dieser Auffassung stimmt, trotz einzelner Abweichungen im Detail, gegen welche Krüger's Aufsatz im ersten Bande dieser Zeitschrift (p. 53 ff. Weimar 1880) gerichtet ist, Leist in seiner Fortsetzung des Glück'schen Commentars (Serie der Bücher 37. 38. Thl. IV p. 200 ff., Erlangen 1879) in allem Wesentlichen bei. — Dem gegenüber geben nun aber doch eine ganze Reihe von Quellenzeugnissen zu allerlei Bedenken Anlass. Da ist zunächst

L. 20 D. de iniust. 28, 3 Lucius Titius integra mente et ualetudine testamentum fecit, uti oportet; postea cum in ualetudinem aduersam incidisset, mente captus tabulas easdem incidit. Quaero, an heredes his tabulis instituti adire possint hereditatem. Respondit, secundum

ea, quae proponerentur, non ideo minus adiri posse. (Scaevol. lib. XIII Dig.)

Die dem Juristen hier vorgelegte Frage, und ebenso seine Antwort berührt einzig die Möglichkeit der Erbantretung aus dem Testamente; auf das prätorische Recht wird mit keinem Worte Bezug genommen. Ist es nun schon auffallend, dass eine solche Frage überhaupt gestellt wird, wenn das tabulas incidere die civilrechtliche Gültigkeit des Testamentes unangetastet liess, so ist es doppelt befremdend, wenn in der Darlegung des Thatbestandes ein Umstand besonders hervorgehoben wird, der nach der gegnerischen Ansicht für die civilrechtliche Beurtheilung des Verhältnisses völlig gleichgültig bleiben musste, nämlich der Wahnsinn des Erblassers, und wenn Scävola diese fehlerhafte Formulierung der Anfrage stillschweigend hinnimmt, als ob nichts daran auszusetzen sei. Man darf doch nicht vergessen, dass das ganze Fragment ein Stück aus einem wissenschaftlichen Werke eines der bedeutendsten römischen Rechtsgelehrten ist, und dass die Verfasser von Responsensammlungen unmöglich verpflichtet sein konnten, die von ihnen besprochenen Rechtsfälle genau in der gewiss oft recht ungeschickten Darstellung der ihren Rath nachsuchenden Parteien wiederzugeben, dass also eine verkehrte Fassung der Frage immer dem Scävola mit zur Last fällt. — Indessen der aus dieser Stelle für eine civilrechtliche Wirksamkeit des tabulas incidere auf die Geltung des Testamentes zu ziehende Beweis ist nur indirect und deshalb nicht streng überzeugend. Anders steht es darin schon mit

L. 4 D. de his quae in testam. del. 28, 4. Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis unius testamenti uoluntatem eodem tempore dominus sollemniter compleuit. Si quasdam tabulas in publico depositas abstulit atque deleuit, quae iure gesta sunt, praesertim cum ex ceteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, non constituentur irrita. Paulus notat: sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas, et hoc adprobauerint hi, qui ab intestato uenire desiderant, scriptis auocabitur hereditas. (Papin. lib. VI. Resp.)

Zweifellos redet Papinian einzig von der Einwirkung, welche die angegebenen Handlungen (auferre, delere) des

Testators auf die civile Rechtsbeständigkeit seines letzten Willens äussern; der Ausdruck: quae iure gesta sunt, non constituentur irrita, lässt keine andere Deutung zu. Wenn es nun auch an sich ganz verständlich wäre, dass Paulus in seiner Bemerkung die Entscheidung Papinian's durch den Hinweis auf abweichende Bestimmungen des prätorischen Rechts vervollständigt, so wird diese Annahme doch dadurch sofort wieder fraglich, dass Paulus von einem wesentlich anderen Thatbestande spricht wie jener, der eine die Vernichtung der Urkunde, oder doch der in ihr enthaltenen Schrift, der andere das blosse incidere tabulas als Voraussetzung der bezeichneten Rechtsfolgen namhaft macht, und demnach der Paulinische Zusatz ziemlich weit hergeholt erscheinen würde, wenn so die beiden Juristen verschiedene Thatsachen nach verschiedenen Rechtssystemen in ihrem Erfolge beleuchteten. Auch wird daran nichts gebessert, wenn man mit Leist (a. a. O. p. 203) den Schwerpunkt der Stelle darin finden will, dass wohl Paulus, nicht aber Papinian den Revocationswillen bei dem Testator supponiere. Ganz abgesehen von der Willkürlichkeit, die man sich hierbei in Bezug auf Papinian erlaubt, wäre es dann erst recht nicht begreiflich, weshalb Paulus eine so irrelevante Verschiebung des Thatbestandes vornehmen und sich der Gefahr aussetzen sollte, die Aufmerksamkeit des Lesers von der Hauptsache weg in eine ganz verkehrte Richtung zu lenken. Aber noch mehr; bei der gegnerischen Auffassung der Stelle, mag man auch von Leist's specieller Interpretation völlig abstrahieren, ist überhaupt gar kein Grund ersichtlich, der den Paulus bewogen haben könnte, anstatt des delere das incidere zu setzen, sobald das prätorische Recht in Frage stand, da ja nach L. 1 § 8 D. si tabb. test. null. 38, 6 in Verbindung mit Gai. II § 151 zweifellos und auch allseitig anerkannt ist, wie die absichtliche Zerstörung der Testamentsurkunde nicht minder als das incidere tabulas zur Gewährung einer vollwirksamen bonorum possessio intestati führt. Dazu kommt endlich, dass der Ausdruck hereditatem auocare, wo er uns auch in den Quellen begegnet (Gai. II § 148. 149. L. 17 D. de injust. 28, 3. Paul. R. S. III, 4. B. § 8), überall ein Entwähren kraft civiler Berechtigung bezeichnet.

Alle diese Anstösse werden vermieden, wenn man das Fragment, wie man es bei vorurtheilsfreier Erwägung seines Wortlautes ohnehin hätte thun sollen, dahin interpretiert, dass die Aeusserungen beider Juristen gleichmässig das Civilrecht betreffen, sich aber auf verschieden gestaltete Erklärungen des Widerrufs beziehen; Papinian also das tabulas auferre et delere als iure ciuili unwirksame, Paulus das tabulas incidere als wirksame Form des Widerrufs hinstellt. — Indem damit das Letztere in einen scharfen Gegensatz zu den sonstigen Aeusserungen des Widerrufswillens tritt, kommen wir zu der Frage, was eigentlich unter den Worten „tabulas incidere" zu verstehen sei. Wir brauchen zu dem Ende nur einige der prägnantesten Quellenzeugnisse einfach neben einander zu stellen.

> L. 3 D. de his q. in test. del. 28, 4. Cum Valerius Nepos mutata uoluntate et inciderit testamentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum diui patris mei constitutionem ad eos, qui scripti fuerint, pertinere non uidetur. (Marcellus Lib. 29. Dig.)
>
> L. 20 § 1 D. de test. mil. 29. 1. Cum aliquis facto testamento militare coeperit, id quoque testamentum, quod antequam militare coeperit, fecerat, aliquo casu intellegitur militiae tempore factum, ueluti si tabulas inciderit et legerit testamentum ac rursus suo signo signauerit; amplius si et aliquid interleuerit, perduxerit, adiecerit, emendauerit; quod si nihil horum inciderit, testamentum eius ad priuilegia militum non pertinebit. (Julian. lib. 27 Dig.)
>
> L. 16 § 2. D. de his q. ut indign. 34, 9. Cum heredis nomen mutata uoluntate pater familias incisis tabulis induxisset, atque ideo fisco portionis emolumentum adiudicatum fuisset, eam rem legatariis non obesse, qui retinuerant uoluntatem, diuo Marco placuit, et ideo cum suo onere fiscum succedere. (Papin. lib. 8. Resp.)

Ueberall erscheint hier das tabulas incidere als die dem legere testamentum, nomen heredis inducere voraufgehende Handlung, also als das Eröffnen des Verschlusses, wodurch die Schrift des Testamentes wieder zugänglich gemacht wird.

Es ist hiernach nichts Anderes, als was sonst auch linum incidere heisst.

> L. 3 § 23. D. ad Sc. Silan. 29, 5. Si quis tabulas quidem non aperuit naturaliter, linum autem inciderit, excusatus erit, quia dolo caret, qui ipsas tabulas non aperuit. (Ulp. lib. 50 ad ed.)

Davon aber sagt nun Paulus in absolut unzweideutiger Weise:

> Collat. XVI, c. 3 § 1. Intestati dicuntur, qui testamentum facere non possunt, uel ipsi linum, ut intestati decederent, abruperunt[1]), uel hi, quorum hereditas, repudiata est, cuiusue condicio defecerit.

Die Stelle ist aus dem vierten Buche der (receptae) sententiae entnommen, steht dort unter dem Titel de intestatorum successionibus und bildet mit dem folgenden Paragraphen, der von den testamenta rupta und irrita handelt, die Einleitung zu dem Intestaterbfolgesystem der zwölf Tafeln. — Es liegt auf der Hand, dass nichts verkehrter sein kann, als unter die Fälle, in denen die Erblasser „intestati dicuntur", wo nun also die Intestaterbfolge der zwölf Tafeln eröffnet werden soll, solche zu mischen, in denen das Testament iure ciuili ruhig fortbesteht, und bloss der Prätor eine bonorum possessio intestati zu ertheilen vermag. Es enthält demnach der Paragraph der collatio einen absolut zwingenden Beweis für die civile Nullität des Testamentes, dessen Verschluss vom Testator in der Absicht, die Intestaterbfolge herbeizuführen, gelöst ist. Dawider dürfen auch nicht die Endworte des § 1 herangezogen werden. Freilich bedürfen dieselben einer kritischen Nachhülfe, und es ist damit dem subjectiven Empfinden ein gewisser Spielraum gegeben. Deshalb ist man aber sicher noch nicht berechtigt, mit so absoluter Willkür, wie dies neuerdings geschehen ist, an dem handschriftlich Ueberlieferten herumzuexperimentieren. Weder die unter gewaltsamster Verrenkung des Textes von Leist (a. a. O. p. 202 Anm. 96) versuchte Beziehung auf eine bonorum possessio intestati wider das civile Testament, noch Huschke's Deutung (Jurisprud. antejust. ed. IV, p. 681) auf einen durch capitis deminutio des Testators ungültig

---

[1]) Vgl. Paul. R. S. IV, 6 § 1 „rupto lino".

gewordenen und durch bonorum possessio secundum tabulas aufrecht erhaltenen letzten Willen ist hier irgend am Platze. Die deshalb von ihm vorgeschlagene Einschaltung „quiue capite minuti fuerint“ verbietet sich schon aus dem Grunde, weil des testamentum irritum erst im folgenden Paragraphen Erwähnung geschieht, dessen Zusammenhang mit dem Voraufgehenden Huschke völlig verkennt, und in Folge davon zu einer ganzen Reihe weiterer, durchaus überflüssiger und unhaltbarer Conjecturen gedrängt wird. Der Gegensatz zwischen den beiden Paragraphen ist nämlich keineswegs der von ihm angenommene einer Ungültigkeit des Testamentes im Augenblicke des Todes, und eines nachträglichen Zusammenfallens desselben nach dem Tode des Erblassers — dem steht schon die Anführung des Ausschlagens der Erbschaft und des Ausfalls der Bedingung der Erbeinsetzung in § 1 im Wege —, sondern Paulus stellt den Fällen, in denen es zur Intestaterbfolge kommt, weil es an einem Willen des Erblassers — in den genannten beiden Beispielen also an ferneren Substitutionen — fehlt, diejenigen gegenüber, wo die Intestaterbfolge, obschon ein gültiges Testament errichtet war, doch deshalb mit dem Tode des Erblassers eröffnet wird, weil sein letzter Wille durch inzwischen eingetretene Ereignisse kraftlos geworden ist. An die Anfechtung durch querela inofficiosi denkt der Jurist aber überhaupt nicht, wie das „intestati decedunt“ in § 2 ersehen lässt, weil dies gar keine richtige Intestaterbfolge ist. — Diesem ganzen Gedankengange nach kann in dem Schlusspassus des § 1 nur von einer dem civilen Intestaterben gegenüber wirkungslosen bonorum possessio secundum tabulas die Rede gewesen sein, und man wird denselben etwa dahin reconstruiren dürfen „siue iure praetorio facto testamento obiecta doli exceptione obtinebitur hereditas“, wie ja schon Huschke von dem siue abgesehen, lesen will, allerdings mit völlig anderer Beziehung. Dass es endlich noch zu Paulus' Zeit solche Fälle gab, in denen das prätorische Testament dem civilen Intestaterben gegenüber erfolglos blieb, darf nach Gai. II §§ 121. 122. 149 (vgl. auch mein Erbr. I § 7 p. 77 Anm. 8) bis zu geführtem Gegenbeweise wohl als ziemlich unbedenklich betrachtet werden.

Allein wird nicht gerade das, was wir aus den bisher

besprochenen Stellen zu erweisen uns bemühten, dass das Durchschneiden des das Testament verschliessenden Bandes in der Absicht, die Intestaterbfolge herbeizuführen, demselben seine civile Gültigkeit raubt, direct widerlegt durch

> Gai. II. § 151. „Potest, ut iure facta testamenta contraria uoluntate infirmentur. apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit ualere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure ciuili ualeat. Quin etiam si deleuerit quoque aut conbusserit tabulas testamenti, nihilo minus non desinent ualere, quae ibi fuerant scripta, licet eorum probatio difficilis sit."

Indessen, ich glaube, so wie der Paragraph jetzt dasteht, kann er ursprünglich nicht gelautet haben. Er enthält in der obigen Fassung einen inneren Widerspruch. Er beginnt mit der apodictischen Erklärung: es ist möglich, dass ein civiles Testament durch entgegenstehenden Willen aufgehoben werde, und er endet mit dem Resultate, dass dies nicht möglich sei, dass nur indirect durch bonorum possessio intestati das Testament entkräftet werden könne. Unzulässig ist es nämlich, das „infirmentur" etwa in dem letzteren Sinne verstehen zu wollen. Ein Blick auf das Schema der Gaianischen Darstellung ergiebt ohne Weiteres, wie hier überall die civilrechtlichen Verhältnisse den eigentlichen Gegenstand der Behandlung des Juristen bilden, wie ausschliesslich ihnen die Rubriken und Stichworte entlehnt sind, an denen die gesammte Erörterung sich weiter spinnt und fortschreitet, wogegen das prätorische Recht nur gelegentlich mitgenommen wird (so §§ 119. 125. 135. 136. 147 ff.), nicht aber als bestimmendes Moment für die Disposition hervortritt. So beschäftigt sich nach einer historischen Einleitung über die Form der Testamente (§§ 101—108), welche zunächst zu dem Soldatentestamente hinüberleitet, der Jurist lediglich mit der Frage, wie Testamente civilrechtlich gültig errichtet werden (cf. § 114), und reiht daran die Fälle einer nachträglichen civilen Ungültigkeit. Im § 130 beginnt anscheinend die Lehre von dem testamentum ruptum, auf welche in § 145 die vom testamentum irritum folgt. Einen Anhang zu beiden bildet die Erläuterung des prätorischen Rechts, welches auch den testamenta rupta und

irrita eine bestimmte Wirkung beilegt (§ 147 ff.). Mit § 151 schreitet der Schriftsteller zu einem weiteren Falle nachträglicher Ungültigkeit, dem in Folge eines Widerrufes des Testamentes, fort und thut dies mit ebendenselben Worten, mit denen er früher die Besprechung des testamentum irritum eingeleitet hat (§ 145 „alio quoque modo testamenta iure facta infirmantur" — vgl. noch § 131 „rumpitur et ea ratione totum infirmatur" — § 151 „potest, ut iure facta testamenta contraria uoluntate infirmentur"). Nach alle dem erscheint es unmöglich, dass Gaius hier von einem civilrechtlich vollgültigen und bloss vermöge einer bonorum possessio anfechtbaren Testamente ausschliesslich geredet habe, ohne dass dabei eines durch den Widerruf ipso iure entkräfteten Testamentes Erwähnung geschähe. Es muss vielmehr in dem von Studemund gelesenen Texte irgend ein Fehler verborgen sein. Gegen das Ende des Paragraphen kann derselbe sicher nicht gesucht werden, das verbietet der Zusammenhang; er muss sich am Anfange finden. Ich glaube, man hat zu lesen:

> „usque adeo, ut, nisi linum eius inciderit, nihilominus iure ciuili ualeat" [1]),

womit dann auch die volle Uebereinstimmung mit der Collatio hergestellt wäre, und nicht minder mit der L. 30. C. de testam. VI. 23. Hier berichtet Justinian über eine Controverse der alten Juristen in Betreff des Widerrufs des Testamentes und zwar in solchen Ausdrücken, dass man dabei, wie Krüger (Krit. Vers. p. 33 Anm. 2) selbst zugiebt, zunächst nur an Gültigkeit oder Nichtgültigkeit iure ciuili denken kann. Und wiederum wird hierbei, was wohl zu beachten ist, einzig des linum incisum als Veranlassung der Streitfrage gedacht.

Unter allen übrigen Quellenzeugnissen aber ist mir, so viel Schwierigkeiten einzelne von ihnen in anderer Hinsicht auch verursachen, doch keines bekannt, welches mit dem von von uns bisher gewonnenen Resultate in Widerspruch träte. Die L. 1 § 8 D. si tabb. test. null. 38, 6 sagt u. A., dass incisis tabulis eine vollwirksame b. p. intestati gegeben werde; das verträgt sich aber doch vollständig mit civilrechtlicher

---

[1]) Vgl. IV, 80 ut, cum — nisi. 166 ut, si.

Nullität des widerrufenen letzten Willens. Und genau dasselbe ist von L. 1 § 10 D. de b. p. s. t. 37, 10 und der dort berührten Unzuständigkeit der b. p. s. t. zu sagen; höchstens das Eine ist ausserdem daraus zu ersehen, dass die Verweigerung der b. p. s. t. auch da eintreten kann, wo das Testament iure ciuili gültig bleibt, sofern bei ersterer auf das Motiv, um deswillen der Erblasser den Bindfaden durchschnitt, nichts ankommt, während das Civilrecht fordert, der Erblasser müsse dies gethan haben, ut intestatus decederet, wenn die civile Existenz des Testaments dadurch aufgehoben werden solle. In L. 11 § 2 D. eod. erfordert der Parallelismus der beiden von Papinian neben einander gestellten Fälle, auf den schon Leist (a. a. O. p. 212) mit Recht ein besonderes Gewicht legt, dass in dem letzteren ebensowenig wie im ersten ein iure civili gültiges Testament vorhanden sei. Dem wird bei unserer Annahme genügt, da der Jurist ausdrücklich supponiert, der Testator habe das Band in der Absicht durchschnitten, um dem Testamente seine Gültigkeit gänzlich zu entziehen (si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret). Leist muss, um von seiner Theorie aus zu dem gleichen Ziele zu kommen, voraussetzen, dass beide Testamente nur iure praetorio errichtet waren. Der Wortlaut des Paragraphen ist dieser Annahme nicht gerade günstig. Wenn die Stelle irgend etwas für die vorliegende Lehre beweist, so spricht sie vielmehr zu Gunsten unserer Anschauung; gegen dieselbe gewiss nicht. — Die L. 2 D. de his q. in test. del. 28, 4 ist deshalb für unsere Frage ohne Bedeutung, weil ein abermaliger Verschluss des Testamentes stattgefunden hat (vgl. L. 23 D. de testam. 28, 1). — In L. 1 § 3 D. de his q. in test. del. 28, 4 sind die Worte „et siquidem illud concidit testator, denegabuntur actiones" nur ein Beispiel und weitere Ausführung des „si totum testamentum non exstet", also überhaupt nicht von dem blossen Lösen des Verschlusses, sondern von der gänzlichen Vernichtung der Testamentsurkunde zu verstehen; concidere tabulas ist nicht so viel wie incidere tabulas.

Dagegen bedarf die L. 3 D. de his q. in test. del. 28, 4 zusammen mit L. 12 und L. 16 § 2 D. de his q. ut indign. 34, 9 einer etwas eingehenderen Erörterung. Es wäre ja

einfach, auf die von Krüger (Ztschr. Bd. I p. 58) behauptete zweite Siegelung zu verweisen, wenn diese Annahme sich nur auf die von Marcellus gegebene Darstellung des Falles mit einigem Scheine stützen liesse. Aber weder hier findet sich auch nur ein Wort, das dahin deutete, noch bei Papinian in L. 12 u. 16 § 2 D. cit., der unzweifelhaft denselben Vorgang wie Marcellus im Auge hat. Ich glaube nun aber auch, diese Voraussetzung ist sachlich durchaus entbehrlich. Wie ja in den Quellen mehrfach betont wird, kommt als Aufhebungsthatsache des letzten Willens nur dasjenige tabulas incidere in Betracht, welches der Erblasser ausführte, ut intestatus decederet (oder auch, wie die frühere Besprechung der L. 11 § 2. D. de b. p. s. t. 37, 11 ergab, ut priores tabulas supremas relinqueret). Wird also in dem eröffneten Testamente bloss eine einzelne Erbeinsetzung getilgt, so widerlegt sich eben dadurch jene Bedingung, die Oeffnung müsse zu dem Zwecke erfolgt sein, die Intestaterbfolge zu begründen, ohne Weiteres von selbst. Es kommt alsdann dem Erblasser augenscheinlich nur darauf an, eine einzelne, ihm anstössige Disposition zu beseitigen; im Uebrigen hat er gegen die fernere Geltung des Testamentes nichts einzuwenden, welches eben deshalb iure civili bei Kräften bleibt, so dass lediglich die Indignität des gestrichenen Erben als Folge des Vorgehens des Testators eintreten kann. Es ist das genau dieselbe Argumentation, wie die des Julian, welcher wir in der L. 20 § 1 D. de test. mil. 29, 1 in Hinsicht auf das zweite Beispiel („amplius et si aliquid interleuerit, perduxerit, adiecerit, emendauerit") in anderer Anwendung begegnen. — Sehr viel zweifelhafter stellt sich das Verhältniss indessen, wenn der Testator die Namen sämmtlicher Erben gelöscht hat. Hier kann man auf der einen Seite sagen: aus der Tilgung aller Erbeinsetzungen ist zu schliessen, dass der Erblasser hat ab intesto beerbt werden wollen. Ein Schluss, den insbesondere Marcellus unter Umständen für durchaus gerechtfertigt erklärt. „Non et illud interdum credi potest, eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret?" Es scheint mir nämlich ziemlich unmöglich diesen Worten eine Deutung zu geben, wonach darin einzig die Geltung der Vermächtnisse verneint werde. Direct werden dieselben nicht

genannt; ob sie gelten sollen oder nicht, wäre also immer erst folgeweise aus dem „intestati exitus“ zu entnehmen, dieser Ausdruck mithin im Grunde doch auf einen Fall zu beziehen, in welchem die Indignität der Erben und das Einrücken des Fiscus an ihrer Stelle Platz greift. Das kann man nun doch nicht wohl intestati exitus nennen. Uebrigens ist der ganze Satz eine bloss gelegentlich hingeworfene Bemerkung des Marcellus, welcher er für den vorliegenden Rechtsstreit selbst keine weitergehende Bedeutung beimisst. Stillschweigend billigt er die zweite unter den gegebenen Umständen gleichfalls mögliche Auffassung. Hatte sich einmal das Axiom Geltung verschafft, durch Ausstreichen des Namens wird der Betroffene zum indignus, so konnte die Absicht des Erblassers auch dahin gerichtet sein, sämmtliche Erben zu indigni zu machen, und für diese Interpretation scheint das Rescript des Antoninus Pius entschieden zu haben, auf welches sich Marc Aurel speciell beruft. Und wenn man einmal so weit ging, konnte man, auch wenn die Vermächtnisse in derselben Weise behandelt waren, „si omnem scripturam testamenti cancellasset“, immer noch bei der Indignität aller Bedachten verharren. — Hatte sich dagegen der Testator auf das Durchstreichen der Namen der Erben beschränkt, so mochten diejenigen, welche bei der äusseren Erscheinung der Urkunde stehen blieben, diese für das allein Massgebende ansahen, die zweifellose Gültigkeit der Legate vertheidigen („sed nonnullos opinari, id iure ipso perimi, quod inductum sit, cetera omnia ualitura“); geht man aber tiefer auf den inneren juristischen Zusammenhang der einzelnen Zuwendungen ein, so musste alsbald der Zweifel aufsteigen: wie kann die Auflage von Bestand sein, wenn kein Belasteter mehr da ist? Müssen die Legate, die nur einem Testamentserben auferlegt werden dürfen, nicht nothwendig zusammenbrechen, wenn der Erblasser alle Testamentserben beseitigt hat? Das ist der Inhalt der Einwürfe des Kaisers wie seines aduocatus fisci. Diese Bedenken werden schliesslich aber mit Recht zurückgewiesen. Indem man trotz der Löschung aller Erbesernennungen nicht den Eintritt der Intestaterbfolge zugestehen wollte, hatte man allerdings schon die Einheitlichkeit des letzten Willens als eines in sich geschlossenen Ganzen aufgegeben, dasselbe in eine Reihe neben

einander hergehender, singulärer Dispositionen aufgelöst. Man konnte sich hierfür freilich darauf berufen, der Testator habe es selbst nicht anders gemacht, indem er das Merkmal der Tilgung den einzelnen Anordnungen beigefügt, und insofern darf Marcellus das kaiserliche Urtheil als sachlich durchaus begründet (tutum) rühmen, auch gegenüber der von ihm aufgeworfenen Frage, ob nicht der Erblasser doch vielleicht die Intestaterbfolge habe herbeiführen wollen; und andererseits erscheint es ihm als iustum, indem es den in dem Rescripte des Antoninus Pius einmal eingenommenen Standpunkt consequent festhält. — Nur darf man natürlich bei alle dem nicht vergessen, dass es sich um Interpretations-, nicht um eigentliche Rechtsregeln handelt.

Ob es in der obigen Analyse der L. 3 cit. gelungen ist, den Inhalt und Gedankengang des überaus schwierigen Fragmentes in allen Einzelheiten richtig zu entwickeln, kann übrigens ganz auf sich beruhen; hier kommt es ja zunächst bloss darauf an zu zeigen, dass die Stelle, selbst wenn man keine abermalige Siegelung voraussetzt, unserer Auffassung von der Wirkung des tabulas incidere nicht im Wege steht. Gerade jene stillschweigend verneinte Frage des Marcellus „non — credi potest, eum — satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret?“ beweist, dass man die Absicht des Testators die Intestaterbfolge eintreten zu lassen, in dem der kaiserlichen Entscheidung unterliegenden Rechtsfall als nicht erwiesen betrachtete. Die dafür von dieser oder jener Seite geltend gemachten Argumente haben daneben nur eine untergeordnete Bedeutung.

Wenn man es sonach als Ergebniss einer eingehenden Untersuchung der betreffenden Quellenzeugnisse betrachten darf, dass das Zerschneiden des das Testament schliessenden Bandes durch den Testator die civile Intestaterbfolge herbeiführte, sofern er bei der Zerstörung des Verschlusses wirklich die Absicht gehabt hatte, sein Testament aufzuheben, während die in gleicher Absicht bewirkte vollständige Vernichtung der Urkunde nur eine bonorum possessio intestati begründete, der strengrechtlichen Gültigkeit des letzten Willens aber keinen Eintrag that, so kann eine derartige Rechtsgestaltung unmöglich das Resultat bloss doctrineller Erörterung und Ent-

wickelung gewesen sein, sondern muss eine ganz bestimmte, positive Veranlassung und Grundlage gehabt haben. Schon früher ist in diesem Zusammenhange wiederholt auf das unter Nero ergangene Senatusconsult hingewiesen worden, von welchem Sueton (vit. Neron. c. 17) und Paulus (R. S. V. 25 § 6) berichten. Zwar ist uns an letzter Stelle nur derjenige Theil desselben erhalten, der sich auf Contractsurkunden bezieht, und auch Sueton sagt nicht ausdrücklich, dass die Vorschriften über den Verschluss der Urkunden gleichmässig auf Testamente wie Contractsexemplare sich bezogen haben, indessen bedient er sich doch des auf beide passenden Ausdruckes tabulae ohne irgend welche Beschränkung, so dass man ohne die genauere Angabe des Paulus zweifellos die Relation des Suetonius auf beide Klassen von Instrumenten gedeutet haben würde. Jedenfalls erscheint es unglaublich, dass eine Gesetzgebung, die den ausgesprochenen Zweck verfolgte, Fälschungen vorzubeugen, die sich ferner, wie die Mittheilungen Suetons über die Siegelung auf den primae duae cerae ergeben, mit der äusseren Form der Testamente beschäftigte, nicht in ähnlicher Weise, wie Paulus es für die Contracte bezeugt, auch für die Sicherung der letztwilligen Dispositionen gesorgt haben sollte. Sind wir demnach berechtigt anzunehmen, dass der Senat mittelbar oder unmittelbar die bekannte Art des Verschlusses ebenfalls für die Testamente angeordnet habe, so liegt es sehr nahe, dass wenigstens die Jurisprudenz dieselbe Folge, welche der Senat auf die Uebertretung seiner Bestimmungen hinsichtlich der Urkunden über Geschäfte unter Lebenden gesetzt hatte („aliter tabulae prolatae nihil momenti habent"), an die Nichtbefolgung der analogen Cautelen in Betreff der Testamente knüpfte.

Damit wäre dann der uns hier vorzugweise interessierende Satz in einen plausiblen historischen Zusammenhang gebracht. Im Einzelnen müssen wir natürlich, bei dem Mangel weiterer Nachrichten, darauf verzichten, etwa die Motive ausfindig machen zu wollen, welche der über diese Frage entstandenen und in L. 30 C. de testam. VI. 23 bezeugten Controverse zu Grunde gelegen haben. Nur so viel möchte sich aus der durch Justinian getroffenen Decision, wenn man sie mit unserer Beweisführung zusammenhält, ergeben, dass der Streit unter

den römischen Juristen in der That darüber schwebte, ob auch eine zufällige oder durch Dritte verschuldete Lösung des Verschlusses der Gültigkeit des Testamentes schade. Wie denn auch die Anfrage in L. 20 D. de injust. 28. 3 auf eine solche Differenz vermuthen lässt. Natürlich, dass nun auch in die Pandekten nur solche Stellen Aufnahme fanden, welche wie die des Paulus (L. 4 D. de his q. in test. del. 28. 4) mit der vom Kaiser gebilligten Ansicht in Einklang standen. — Insbesondere entbehren wir darüber aller Auskunft, wie es bezüglich des Sc. Neronianum mit denjenigen Testamenten gehalten wurde, die nicht auf tabulae niedergeschrieben waren, und bei denen ein Bindfadenverschluss sich wenigstens nicht in der Gestalt wie bei jenen anbringen liess. Die Sitte allerdings muss jener Zeit dahin gegangen sein, überwiegend Wachstafeln zu den Testamenten zu verwenden, wie dies namentlich aus den Aeusserungen des Paulus (R. S. IV. 6 § 1.) über die Eröffnung der Testamente hervorgeht, während Justinian's Worte „si quidem testator linum uel signacula inciderit uel abstulerit" auf eine veränderte Uebung und eine dem entsprechende Erweiterung der Thatsachen ziemlich ersichtlich hindeuten, durch welche der Erblasser seinem letzten Willen die Gültigkeit zu entziehen im Stande ist. — Nur hinsichtlich eines Punktes möchte sich noch aus dem zu Gebote stehenden Quellenmaterial ein leidlich sicherer Schluss ziehen lassen. Das Sc. Neronianum ist nicht dahin interpretiert worden, als ob durch dasselbe Verschnürung und Siegelung zu integrierenden Stücken der civilen Testamentssolennitäten erhoben seien. Daher, wenn die Siegel gelöst sind, genügt eine abermalige Verschnürung und Siegelung ohne Wiederholung der Mancipation u. s. w., um dem Testament seine civile Rechtsbeständigkeit zu erhalten (L. 23. D. qui test. fac. poss. 28. 1. Vgl. auch Bachofen ausgew. Lehren p. 264).

II.

Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex.

Von

Herrn Professor Dr. **Fr. Eisele**

in Freiburg i. B.

Dass Digesten und Codex, insbesondre die ersteren, in rechtsgeschichtlicher Hinsicht noch nicht so ausgebeutet sind, wie dies möglich wäre, dürfte wohl keinem Zweifel unterliegen. Je näher aber der Zeitpunkt heranrückt, in welchem diese Rechtsbücher als Quellen des geltenden gemeinen Rechts nicht mehr in Betracht kommen werden, desto mehr werden sie voraussichtlich von Seiten der rechtsgeschichtlichen Forschung in Anspruch genommen werden. Es ist, wenn nicht neue Quellen von Belang noch entdeckt werden sollten, anzunehmen, dass die Fortschritte in der Erkenntniss des klassischen römischen Rechts, die wir hoffentlich noch machen werden, grösstentheils beruhen werden auf einer intensiveren Ausnützung des in den Digesten enthaltenen rechtsgeschichtlichen Materials. Schon jetzt kann man sich auf die in dieser Zeitschrift veröffentlichten „Forschungen in den Edictscommentaren" von Lenel[1]) als eine Bestätigung dieser Annahme berufen.

Es ist ohne Weiteres klar, dass für die Benützung der Digesten und des Codex in rechtsgeschichtlicher Absicht eine vollständige und sichere Erkenntniss der von den Compilatoren vorgenommenen Aenderungen von grösstem Werthe sein würde. Stünde damit zunächst auch nur das fest, dass dieses und jenes von einem klassischen Juristen oder von einem Kaiser der klassischen Zeit nicht herrühre: es brauchte solche Erkenntniss darum noch nicht immer eine negative zu bleiben. Vielmehr liesse sich auf Grund derselben mit Zuhilfenahme

---

[1]) Dieser Aufsatz ist geschrieben, bevor Lenel's Edictum perpetuum erschien.

anderweitiger Data gewiss in sehr vielen Fällen auch ein positives Resultat gewinnen.

Von solcher Erkenntniss sind wir aber noch sehr weit entfernt. Zwar ist in Bezug auf eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Stellen mit hinlänglicher Sicherheit constatiert, dass sie interpoliert sind[1]; in Bezug auf manche derselben steht auch fest, wie weit die Interpolation geht. Allein da die Interpolationsfrage immer nur bei Gelegenheit der Benützung einzelner Quellenstellen gestellt und erledigt wird, und es an methodischen Grundsätzen hierüber gänzlich ermangelt, so kann es nicht fehlen, dass das Temperament des Einzelnen und sein Bestreben, zu Gunsten seiner Ansicht Quellenzeugnisse zu gewinnen oder zu beseitigen, eine grosse Rolle spielen. So erklärt es sich, dass manche sicher interpolierte Stellen bei Vielen noch immer als unverändert gelten, dass andrerseits Interpolationen ohne genügenden Grund behauptet werden, weshalb dann wieder der Annahme einer Interpolation ziemlich allgemein ein gewisses Misstrauen entgegengebracht wird.

Dass Interpolationen der Compilatoren, wo sie nachgewiesen sind, in dem Gesetzbuch Justinian's als Quelle des gemeinen Rechts gleichwohl Gesetzeskraft haben, ist ja zweifellos; fast scheint es aber, dass man bei rechtsgeschichtlichen Untersuchungen in der Annahme von Interpolationen auch um deswillen zu zaghaft gewesen ist, weil es sich um ein Buch handelt, das zugleich Gesetzbuch ist und das der betreffende Forscher ein andermal als solches zu behandeln hat. Es ist unsre feste Ueberzeugung, dass in den Digesten weit mehr Interpolationen der Compilatoren sich vorfinden, als gemeinhin

[1]) Bei weitem nicht alle diese Stellen sind in Mommsen's beiden Digesten-Ausgaben als solche bezeichnet. Mommsen hat in der Vorrede zu seiner grossen kritischen Ausgabe p. LXXVIII inf. mit Recht ausgesprochen, dass dies nicht zur Aufgabe des Herausgebers der justinianischen Digesten gehöre; die Gesichtspunkte, welche ihn zur Bezeichnung einzelner Interpolationen bestimmten, giebt er ib. p. LXXVIIII an. Diese sind aber auch nicht immer massgebend geblieben. In der kleineren Ausgabe kann dieses Verfahren bei denjenigen, welche die Vorrede der grösseren nicht gelesen haben, die irrige Meinung hervorrufen, als seien nach Mommsen's Ansicht nur da Interpolationen vorhanden, wo dies angegeben ist und sonst nicht.

angenommen wird; das bestätigt jede neue Specialuntersuchung über Institute, die im justinianischen Recht geändert oder antiquiert sind, jeder selbst noch so kärgliche Fund neuer originaler Quellen, wie z. B. die kleinen von Krüger (letztmals in dieser Zeitschrift, I. Band, roman. Abtheilung S. 93 ff.) besprochenen Berliner Fragmente [1]). Gewiss ist unbesonnene Statuierung von Interpolationen mindestens ebenso fehlerhaft, wie unbegründetes Festhalten an der Ursprünglichkeit des Wortlauts eines Digestenfragments, einer Constitution; aber wir meinen, dass in der ersten Richtung zur Zeit weniger gefehlt wird, als in der zweiten.

Ob wir jemals zu festen methodischen Grundsätzen in Bezug auf diese Art kritischer Thätigkeit gelangen werden? Hier wäre zunächst zu überlegen, auf welche Weise es überhaupt möglich sein dürfte, dieses Ziel zu erreichen. Sehr viel würde gewonnen sein, wenn es gelänge, annähernd festzustellen, welche Methode die Compilatoren selbst bei ihren Interpolationen beobachtet haben. Dazu wäre erforderlich eine genaue Vergleichung der uns ausserhalb der justinianischen Compilation überlieferten Schriften bzw. Fragmente klassischer Juristen und kaiserlicher Constitutionen mit den entsprechenden Stellen in den Digesten und dem Codex, einschliesslich einer ebenso genauen Feststellung und abgesonderten Würdigung der Aenderungen, welche die aus Gaius' Institutionen in die Institutionen Justinians herübergenommenen Stellen hier erfahren haben. Des Ferneren könnten, mit Beobachtung der gehörigen Vorsicht, auch solche Stellen zur Benützung herangezogen werden, deren Interpolation keinem Zweifel unterworfen ist, wenn schon wir deren ursprünglichen Wortlaut nicht kennen. Jedenfalls müssten sich auf diese Weise gewisse Kriterien finden lassen, welche in vielen zweifelhaften Fällen für oder gegen die Annahme einer Interpolation den Ausschlag geben könnten; Kriterien, welche sich im Gegensatz zu den aus dem Inhalt eines Fragments entnommenen Indicien für eine Interpolation als äussere bezeichnen lassen. Durch solchere äussere Kriterien würde aber der auf Er-

---

[1]) Vgl. Zachariae v. Lingenthal in der deutschen Literaturzeitung II (1881) S. 370.

mittelung von Interpolationen gerichteten kritischen Thätigkeit ohne Zweifel eine objectivere Grundlage gegeben, wobei nicht in Abrede gezogen werden soll, dass in manchen Fällen auch auf Grund innerer Kriterien allein schon Interpolationen angenommen werden können und müssen.

Ein weiteres Kriterium zur Feststellung von Interpolationen ist gegeben dadurch, dass Digesten und Codex zugleich dem Lehrvortrag zu Grunde gelegt und bezw. zum Selbstunterricht benützt werden sollten (const. Omnem § 2—5.). Es ist höchst wahrscheinlich, dass eine Reihe von Interpolationen im Hinblick auf diesen Zweck vorgenommen worden ist; in den Digesten wenigstens glaube ich Zusätzen dieser Art in ziemlicher Zahl begegnet zu sein [1]).

Das ergiebigste äussere Kriterium compilatorischer Interpolationen dürfte aber die Sprache sein. Das Latein, dessen sich die Compilatoren und ihre Redactionsgehilfen bedienten, ist von dem der klassischen Juristen in lexicalischer, grammatischer und stilistischer Beziehung so erheblich verschieden und andrerseits hat das den Compilatoren aufgetragene Geschäft in so kurzer Zeit besorgt werden müssen, dass ihre Interpolationen, wo sie nicht von ganz geringfügigem Umfange sind, in vielen Fällen auch durch die Sprache sich verrathen müssen.

Es ist dieses Erkenntnissmittel in der bisherigen rechtsgeschichtlichen Literatur keineswegs unbenützt geblieben; allein auch hier ist man über den einzelnen Fall, wie er sich gerade bei einer anderweiten Untersuchung darbietet, nicht hinausgegangen und eine die Sache für sich behandelnde Untersuchung hat nicht Statt gefunden. Daher sind wir auch auf diesem beschränkteren Gebiete von derjenigen Uebereinstimmung, die hier recht wohl möglich wäre, noch weit entfernt, und ist z. B. neuerdings in Bezug auf ein Fragment

---

[1]) Beispielshalber sei verwiesen auf D. 2, 4, 12: id est quinquaginta aureorum; 3, 5 12 (al. 13) id est sola nonaginta restituenda; 16, 2, 9 § 1 id est non exacturum quod is compensaverit; 7, 9, 9 pr hoc est ad legatarium, vielleicht auch 18, 1, 68 pr. id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa; ferner in 12, 7, 3 das Schulbeispiel von veluti an. Einzelne solcher Zusätze, namentlich kürzere, können freilich auch Glosseme sein.

der Digesten, welches gerade aus sprachlichen Gründen jetzt ziemlich allgemein für interpoliert gilt, solche Annahme geradezu für eine Misshandlung erklärt worden, und zwar von einem Gelehrten, dem als Kritiker nichts weniger, als Uebertreibung der Vorsicht, nachgesagt werden kann [1]).

Ausgehend von der Erwägung, dass die durch erheblichere Interpolationen geänderten Bruchstücke von Schriften klassischer Juristen und die im Codex enthaltenen Constitutionen Justinians von Personen mit gleichartiger Bildung und Redeweise, theilweise vielleicht von denselben Personen redigiert sind, habe ich die letzteren auf ihre Eigenthümlichkeiten in stilistischer, lexicalischer und syntaktischer Hinsicht etwas näher angesehen, in der Hoffnung, dass eben diese Eigenthümlichkeiten auch in den Interpolationen der Compilatoren wieder zu finden sein, diese also an jenen erkennbar sein würden. Wie weit diese Hoffnung berechtigt war, sollen einige Digestenfragmente, welche am Schlusse zur Vergleichung mit den gewonnenen Ergebnissen herbeigezogen sind, zeigen. Wenn ich aber diese Ergebnisse hier vorlege, obwohl ich weiss, dass dieselben unvollständig sind (manche Stellen sind auch mit Absicht weggelassen; das kommt aber wenig in Betracht gegenüber dem anderen Punkt, dass sich jedenfalls noch zahlreiche andere Eigenthümlichkeiten justinianischer Constitutionen nachweisen lassen werden): so geschieht das natürlich in der Meinung, dass die Veröffentlichung auch so von einigem Nutzen sein könnte. Solchen hätte sie selbst dann schon, wenn sie nur Anderen zu umfassenderen Untersuchungen in ähnlicher Richtung die Anregung gäbe.

I. Ich beginne mit einer stilistischen Eigenthümlichkeit, die allerdings erst in den Constitutionen von 530 an häufiger, da aber so beliebt ist, dass man in Bezug auf sie von justinianischem Kanzleistil sprechen könnte. Sie besteht darin, dass die Thatbestände, für welche gesetzliche Normierung erfolgt, in lauter antithetischen Bedingungssätzen vorgetragen werden. Das Schema in der einfachsten Gestalt ist dieses:

---

[1]) Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen (1882) S. 108 über die l. 25 de probat. et praes. (22, 3).

Si oder si quidem — (folgt Thatbestand und Normierung); sin autem oder sin uero — folgt wieder Thatbestand und Normierung). So z. B.

Cod. IIII, 29, 22: si mulier . . . intercessorem praestiterit, sancimus — si quidem intra biennale tempus . . . fecerit — sin autem post biennium hoc fecerit —.

Dabei findet sich häufig noch eine weitere Antithese (quidem — autem = μέν — δέ) innerhalb des ersten oder zweiten Bedingungssatzes oder im Hauptsatze; ferner, zumal nach dem zweiten Bedingungssatze, eine nachdrückliche Einführung des Hauptsatzes durch tunc (τηνικαῦτα), endlich Wiederholung des sin vero. Zur Veranschaulichung mögen folgende Beispiele dienen:

III, 1, 12 § 1a und 2: si quidem . . . nihil fuerit reluctatus — sin autem . . . hoc subire minime uoluerit . . . licentiam quidem habeat . . . iudex autem sic causam dirimat —, und dann weiter in § 2b sq.: et si iudex bene quidem illatum iusiurandum, non rite autem recusatum pronuntiauerit — sin autem non rite quidem illatum, recte autem recusatum sacramentum pronuntiaverit, tunc ei licebit et rel.

II, 55, 5 pr. § 1: sancimus . . si quidem subscripserint — sin autem minime quidem . . . subscripserint, sed silentio eam roborauerint . . . tunc et rel.

III, 28, 36 § 2a: sancimus itaque, ubi testator decesserit, si quidem praesto est in eadem prouincia — sin autem seorsum degit, tunc intra annale spatium — sin uero scriptus heres . . . minime adierit et rel.

Aehnliches findet sich in folgenden Constitutionen Justinians:

I, 3, 41 § 21—23; 4, 29 § 1 sq.; 5, 18 § 7—10;
II, 55, 4, § 2. 5;
III, 1, 18; 2, 3 pr.; 10, 3;
IIII, 1, 12 § 1a. 2; 20, 18 § 1; 20, 19 pr.; 38, 15 § 1. 2; 66, 3 § 2. 3 und § 5. 6;
V, 70, 7 pr. — § 3;
VI, 2, 21 § 3; 2, 22 § 1e. 2; 24, 14 § 2—4; 30, 22 § 1a. 2 und wieder § 5. 6;
VIII, 33, 3 § 1—3b und wieder § 4—5b; 40, 26 § 1 sqq.; 40, 27 § 1. 2.

Dieses Schema wird sodann noch in der Weise erweitert, dass in dem zweiten Bedingungssatze, der mit sin uero anhebt, noch eine zweite Bedingungsantithese eingeschaltet wird (sin uero [si quidem — sin uero]); oder so, dass eine solche Antithese in dem auf den zweiten Bedingungssatz folgenden Hauptsatz oder in einem auf diesen letzteren folgenden Consecutivsatz sich wiederholt. Einfachere Beispiele hiefür sind diese:

III, 33, 12 pr. § 1: Sancimus, siue quis uxori suae siue alii usumfructum reliquerit sub certo tempore ... stare usumfructum in annos ... Sin autem talis fuerit incerta condicio ... si quidem resipuerit filius — sin autem adhuc in furore ... decesserit, tunc etc.

V, 11, 7 § 2 sqq. Sancimus, si quidem nihil addendum existimaverit ... (§ 4) ubi autem ... dixerit ... tunc si quidem penitus inopia tentus est ... (§ 5) si uero et ipse substantiam idoneam possidet et rel.

VI, 30, 21 § 2 sq.: et si quidem ita scripta est institutio — sin autem quasi liber institutus est ... tunc nullo compelli modo eum adire hereditatem ... et liberale iudicium suam exspectare sententiam ... ut si quidem seruus pronuntietur, tunc ... sin autem liber et rel.

Ein umfangreicheres:

V, 70, 7 § 5 sqq. Et si quidem parens curatorem furioso ... dederit ... sin autem testamentum quidem parens non confecerit, lex autem curatorem ... uocauerit ... tunc .. creatio procedat; sed si quidem nobilis sit furiosi persona — sin vero non talis persona sit —. Et si quidem curator substantiam idoneam possidet — sin autem non talis ... inueniatur ... tunc ... Tali itaque ordinatione disposita .... quatenus, si quidem resipuerit furiosus .. ipsi restituatur. Sin autem in furore diem suum obierit ... si quidem successio est — sin autem ipse resipuerit et noluerit — sin autem curator furiosi ... decesserit et rel.

Weitere Beispiele solcher Einschachtelung finden sich

I, 2, 25 pr. § 1; vgl. auch §§ 3. 4; 4, 27 § 1 sqq.;
III, 31, 12 § 1 sqq.;
IIII, 20, 20; 29, 23 § 1;
V, 12, 31 § 5 sqq.; 16, 25; 17, 11 § 1 sq.; 27, 9 § 2 sq.;

VI, 23, 27; 23, 28 § 2 sq.; 27, 6; 31, 6;
VII, 7, 2 § 5 sq.; 15, 1, pr. — 2b; 71, 8 § 2 sq.;
VIII, 53, 34 § 1c sq.; 53, 35 § 2 sqq., ferner § 5 sqq.

Eine fernere Modification desselben Schemas besteht endlich darin, dass das Vorausgegangene mit et haec quidem, si etc., oder einer ähnlichen Redewendung zusammengefasst und dann mit sin uero zu neuer Antithese fortgeschritten wird. So in

III, 38, 12: si quis pro filio suo ante nuptias donationem conscripserit .. sin autem nihil tale ... collatum est — et haec quidem, si inter fratres patris elogium compositum sit. Sin autem extranei scripti sint heredes et rel.

Solches kann sich dann noch mehrfach wiederholen, wodurch ein ziemlich complicirter casuistisch-systematischer Aufbau ermöglicht wird, wie z. B. in III, 1, 13 § 2 sqq.:

Et si quidem pars actoris cessauerit (§ 2a: et si quidem nihil sufficiens actitatum est ... § 2b: sin autem ex gestis apud se habitis ... possit inuenire uiam — sed actor . cadat . lite, si reus absoluetur: sin uero aliqua condemnatio proferatur —) Et haec quidem poena actori fiat imposita. Sin autem et rel.

Zweite Serie (§ 7): Et haec de alterutra parte statuere uisum est. Sin autem utraque parte imminente ... iudex eam accipere noluerit ... iudex si quidem in magistratu positus est ... sin autem iudex minor fuerit — his omnibus locum habentibus, cum unus iudex omnem causam .. peragat. Sin autem in medio triennio ... iudicium fuerit mutatum, tunc, si quidem ex triennio annale tempus uel amplius residet ... sin autem minus, tunc —

Dritte Serie (§ 10) Haec autem in his cauta sunt, quibus ... arbitrium suum ... sufficit. Sin uero causae uel pupillorum ... sint (litem quidem ... suum habere uigorem, omnem autem iacturam ...); sin autem non sufficiat ... eorum substantia, tunc et rel.

Diese Gestalt haben, im Uebrigen mehr oder weniger umfangreich das Grundschema darbietend, folgende Constitutionen:

I, 3, 48 § 5 sq; II, 55, 4 § 4 sq.; 58, 2 § 9 sq.; III, 28, 30 pr. § 1; IIII, 28, 7 § 1; VI, 51, 1 § 9a sqq.; VI, 61, 8 § 1a sqq. VII, 39, 8 § 1 sq.

In vorjustinianischen Constitutionen findet sich dieser Satzbau bei weitem nicht so häufig, und dann gewöhnlich in der einfachsten Form (si quidem — sin autem) angewendet. So in I, 4, 16 (= V, 1, 5 § 4) vom Jahr 472; II, 4, 24 (294); mit zweimaligem sin uero III, 42, 6 (244); IIII, 30, 8 (228). In III, 28, 28 ist das sin autem (mater contra filii testamentum etc.) ausweislich C. Th. II, 19, 2 von den Compilatoren; auch V, 7, 1 (380) ist von ihnen mit dem Schema etwas mehr in Uebereinstimmung gebracht, als es in C. Th. III, 11, 1 der Fall ist. Eine etwas breitere Entfaltung des Schemas findet sich VI, 26, 8 (293); VI, 30, 18 (426); V, 9, 6 (472), ferner in zwei Constitutionen von Constantin, welche, wie der Cod. Theod. ergiebt, in ihrer Fassung von Justinians Compilatoren nicht geändert sind: V, 5, 3 und VII, 10, 7.

Vergleicht man damit das massenhafte Vorkommen des bezeichneten Schemas in justinianischen Constitutionen, so kann kein Zweifel sein: eine Satzdisposition, die früher ein und das andremal behufs deutlicher Gruppierung gewählt wird[1]), ist hier Manier geworden. Ihr Vorkommen in den Digesten, wenn sie in einfächerer Gestalt erscheint, ist an sich noch nicht verdächtig; wo aber die compliciertere Form, insbesondere die oben beschriebene Einschachtelung, vorkommt und sich dazu noch eine oder mehrere der folgenden Eigenheiten gesellen, da liegt ein starkes Indiz für Interpolation vor, und ist folglich die äusserste Vorsicht bei rechtsgeschichtlicher Benutzung der Stelle geboten.

II. Eine andere Eigenthümlichkeit justinianischer Constitutionen ist, dass mit der Disposition des Gesetzes die Motivierung verbunden wird, und zwar ungemein häufig in Form direkter Fragesätze. Da solches aber auch in juristischen Schriften, zur Begründung einer Ansicht des betreffenden Schriftstellers, gar leicht vorkommen kann, wird damit in den Pandekten nicht viel anzufangen sein; ich unterlasse es daher, die überaus zahlreichen Stellen, die diese Erscheinung aufweisen, anzugeben.

III. Es werden gesetzliche Dispositionen gerne in Form des Ablativus absolutus ausgesprochen, und zwar nicht etwa

[1]) Wir finden sie daher auch in Gajus Institutionen 4, 100 sq., 106 sq.

blos nebensächliche in Nebensätzen. Insbesondere kommen diese ablatiui absol. am Schlusse von Gesetzen (oder Gesetzesabschnitten) vor[1], und sie kommen auch so vor, dass sie nicht mehr als Annexe eines anderen Satzes, sondern als selbständige Sätze dastehen, indem sie z. B. auf eine Frage folgen, oder indem mehrere an einander sich reihen. Beispiele:

II, 40, 5 § 1: melius etenim est intacta iura eorum seruari quam ... remedium quaerere . uidelicet exceptionibus triginta et quadraginta annorum in suo statu remanentibus.

I, 3, 48 § 3 sq.: Quis enim pauperior est hominibus, qui ... uictum sibi non possunt afferre? Licentia omnimodo danda ... et actionem monere et debita exigere et rel.

IIII, 1, 12 § 4b sqq.: Licentia concedenda ... et ex una parte ... iuramentum praestari uel referri uel recusari. § 4c Expensis propter huiusmodi causam praestandis officio iudicis trutinandis, an ab utraque parte uel altera oportet eas dependi. § 4d Nullo tamen ex hoc litibus impedimento generando, sed, donec ea procedunt, aliis uel capitulis uel litis membris a iudice examinandis et — — tunc iterum ad hoc capitulum iudice redeunte et eo adimpleto ad cetera perueniente. § 4e Omnibus aliis quae de praesentibus sancita sunt, et in absentium parte obseruandis.

Dasselbe findet sich in folgenden (und ausserdem noch in manchen andern) justinianischen Constitutionen:

I, 3, 48 § 5; 4, 24; 4, 27 § 3; 4, 28; 5, 19; 14, 12; 51, 14 § 4;
III, 1, 13 § 9; 31, 12 § 2b. 3; 33, 16 § 3;
IIII, 18, 2 § 2; 20, 13; 20, 20; 38, 12 § 2; 38, 15 § 2;
V, 3, 20 § 9; 4, 26 § 2; 12, 29 § 1; 12, 31 § 8; 30, 5 § 3; 70, 7 § 6b. 6c. 9;
VI, 30, 22 § 10; 51, 1 § 5. 6. 6a; 58, 14 § 7; 58, 15 § 3a. 3b; 59, 11 § 1; 61, 6 § 1b; 61, 8 § 4d;
VII, 6, 1 § 6; 31, 1 § 3; 33, 12 § 4; 40, 2 § 2; 63, 5 § 1b. § 1d. 2; 70, 1; 71, 8 § 6. 7; 72, 10 § 2;

[1]) Es sei hier an die Schlussbestimmung des Cap. 1 der Nov. 18 und die daran sich knüpfende Controverse erinnert. Diese Controverse wäre schwerlich entstanden, wenn jene Bestimmung nicht so beiläufig an den Schluss gestellt wäre; denn der Wortlaut derselben an sich scheint mir nicht unklar zu sein.

VIII, 4, 11 § 2; 10, 13; 17, 12 § 7; 36, 5 § 2. 3; 40, 26 § 7; 51, 3 § 3;

IX, 13, 1 § 3c. 5.

Dieser Gebrauch des ablat. abs. kommt auch vor in vorjustinianischen Constitutionen aus der Zeit nach Constantin, aber auch nicht entfernt in ähnlich massenhafter Weise. Bemerkenswerth ist, dass in V, 7, 1 § 1 (Const. von 380) der den Satz abschliessende abl. absol. curaturis hoc defensoribus u. s. w. laut Cod. Theod. III, 11, 1 echt, der den Satz beginnende dagegen (illo uidelicet adiciendo u. s. w.) von den Compilatoren ist.

IIII. Ganz gemein in justinianischen Constitutionen ist der Gräcismus, dass in indirekten Fragesätzen der Indicativ steht; z. B.

III, 34, 14 pr.: quaerebatur, quando amittitur; IIII, 18, 2 § 1: cum igitur . . . dubitaretur, si pro debito sub condicione uel in diem constituto eam possibile est fieri; VII, 4, 16 pr.: cum deliberat, quis ad libertatem producendus est; VII, 71, 8 pr.: quotidie dubitabatur, qui audiendi sunt.

Weitere Beispiele finden sich an folgenden Stellen:

I, 3, 49 pr.; II, 3, 29 pr.; 3, 30 pr. inf.; 46, 3 pr.;

III, 28, 37 § 1 d; 33, 13 pr.; 33, 14 pr.; 33, 16 pr. in f.; 33, 17 pr.;

IIII, 1, 12 § 4 c; 1, 13 pr.; 5, 10 pr.; 27, 2 pr.;

V, 11, 7 § 1. § 5; 13, 1 § 5 d. § 15; 27, 12 pr.; 70, 7 § 4;

VI, 2, 20 pr.; 2, 21 pr.; 2, 22 § 4 a; 23, 28 § 6; 26, 11; 27, 5; 29, 3 pr.; 30, 20 pr.; 35, 12 pr.; 37, 23 pr. § 1 d; 37, 24 pr. § 1; 38, 4 § 1 c; 43, 3 § 1 a; 46, 6 pr.; 46, 7 pr.; 57, 6 pr.; 58, 12 pr.; 61, 6 § 4;

VII, 2, 15 § 1; 4, 17 pr. § 1; 7, 1 pr.; 7, 2 § 2. § 3; 33, 12 pr.;

VIII, 10, 13; 39, 4 pr.; 40 27 pr.; 47, 10 pr.; 53, 34 § 4.

Es wird allerdings sich nicht behaupten lassen, dass solche Indicative bei Juristen der späteren klassischen Zeit nicht auch möglich seien.

V. Für non wird minime gebraucht auch da, wo auf der Negation gar kein Nachdruck liegt, so zwar, dass es selbst in einem feststehenden terminus technicus die Stelle von non einnimmt, wie in Inst. III, 21: de pecunia minime

numerata exceptionem opponere. Beispiele solchen Gebrauchs sind

II, 55, 5 § 1: sin autem minime quidem post sententiam subscripserint . . . sed silentio eam roboraverint, wo die Bedeutung der Negation durch den Zusammenhang geradezu abgeschwächt ist; VI, 61, 6 § 3: non tertiam partem dominii rerum minime adquisitarum, wo minime blos steht, um die Wiederholung von non zu vermeiden. Fernere Beispiele:

II, 50, 8; 58, 2 § 5;
III, 1, 13 § 2b; 28, 33 § 1; 28, 35 § 1; 34, 14 pr. inf.;
IIII, 1, 12 § 2. § 4c; 20, 19 § 2; 21, 21 § 3; 29, 24 § 1; 34, 11 § 3; 34, 12; 51, 7; 66, 2 § 2; 66, 3 pr. § 1. § 5;
V, 9, 8 § 1; 12, 31 § 7; 14, 10; 14, 11 § 2; 16, 25 pr. § 1; 17, 10; 27, 9 § 7. § 8; 27, 12 § 3; 74, 3 § 1;
VI, 2, 20 § 1; 23, 28 pr.; 23, 29 § 6 (uel uoluerit uel minime potuerit); 23, 31 § 3; 25, 10 § 1; 27, 6; 27, 26 § 3a; 30, 19 § 2; 43, 3 § 1b; 61, 6 § 2c; 61, 8 § 1c; in § 4c ibid. heisst minime „überhaupt nicht“ im Gegensatz zu „unzureichend“;
VII, 2, 15; 7, 2 § 2; 17, 1 pr.; 40, 1 § 2; 63, 5 § 4;
VIII, 33, 3 § 3a; 37, 12; 37, 15 § 1; 53, 34 § 1c. § 2a. § 2b; 53, 35 § 5c; 53, 36 § 3.

VI. Mit Vorliebe wird der Ausdruck generaliter sancire oder definire, oder lex oder sanctio generalis gebraucht:

I, 3, 51 pr.; II, 7, 28 § 1; 55, 5 § 3. § 4; III, 28, 35 § 2; 28, 36 § 2a; 28, 37 § 1a; IIII, 1, 12 pr.; 28, 7 pr.; 29, 25 pr.; 32, 26 § 1; 35, 23 pr.; 66, 2 § 1 in f.; V, 27, 11 § 4; VI, 23, 31 § 3; VII, 7, 1 § 1b; VIII, 37, 13 pr.; 40, 28 pr.; 41, 8 § 1; 55, 10 pr.

VII. An einen Rechtssatz wird ein Ausnahmethatbestand (mit nisi) angefügt; was bei diesem Ausnahmethatbestand Rechtens sei, ergiebt sich aus dem Vorhergehenden von selbst, wird aber (mit tunc etenim) noch besonders gesagt, z. B.

II, 3, 30 § 3: sancimus huiusmodi pacta repelli et nihil ex his pactionibus obseruari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, uoluntatem suam eis accomodauerit . . .: tunc etenim . . licebit . . huiusmodi pactiones seruare.

Ebenso III, 1, 18.

Häufiger ist, dass die mit nisi eingeführte Ausnahme selbst überflüssig ist, insofern sie sich so ziemlich von selbst versteht. So z. B. III, 28, 28 pr.[1]): liberi .... probationes debent praestare, quod obsequium debitum ... parentibus adhibuerunt, nisi scripti heredes ostendere maluerint ingratos liberos exstitisse. Aehnlich II, 44, 4; III, 1, 13 § 9 in f.; V, 13, 1 § 3a; VI, 37 23 § 2a; 38, 3; VII, 6, 1 § 11a; VIII, 40, 27 § 1; 40, 28 § 1; 47, 10 § 1c.

Ferner kommt es vor, dass die Ausnahme sich schon aus der Fassung der Regel ergibt, weil das Gegentheil des Ausnahmethatbestandes in den Thatbestand für die Regel aufgenommen ist. So III, 28, 35 § 2: si filius .... quod relictum uel datum est simpliciter agnouerit, non adiciens, nullam superesse de repletione quaestionem: nullum filium sibi facere praeiudicium sed legitimam partem repleri, nisi hoc specialiter ... scripserit uel pactus fuerit, quod contentus relicta .. parte de eo quod deest nullam habet quaestionem: tunc etenim et rel. Aehnlich III, 33, 13 § 3; IIII, 5, 11 § 1; V, 13, 1 § 13; VIII, 37, 14 § 2.

Nicht nur überflüssig, sondern geradezu unlogisch ist der mit nisi eingeführte Ausnahmesatz in folgenden Constitutionen:

III, 33, 12 pr. Ist ein Niessbrauch hinterlassen auf so lange, bis eine dritte Person ein bestimmtes Alter erreicht hat, so soll der Niessbrauch die so bestimmte Zeit hindurch dauern, auch wenn diese dritte Person vorher stirbt: nisi ipse cui ususfructus legatus sit ab hac luce fuerit subtractus: tunc etenim ad posteritatem usumfructum transmitti non est possibile usw.

III, 33, 16 § 1: Sancimus non solum actionem quae pro usufructu nascitur sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu ...

Irre ich nicht sehr, so sind überflüssige und logisch unklare mit nisi eingeführte Ausnahmesätze in den Digesten ziemlich häufig interpoliert; zu den letztern rechne ich das

[1]) Das Gesetz ist von Constantin, das nisi scripti etc. aber laut C. Th. II, 19, 2 von den Compilatoren.



bekannte nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est in l. 13 § 11 loc. cond.

VIII. Eine Eigenthümlichkeit justinianischer Constitutionen scheint auch das zu sein, dass nicht einfach Beweise, sondern manifestae, liquidae, apertissimae probationes u. dgl. verlangt werden. Dass darunter nichts Besonderes, sondern einfach genügender Beweis verstanden wird, zeigt VIII, 37, 14 § 2: nisi is . . . liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem si per scripturam sed saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit. Vgl. III, 28, 34 § 1; 33, 13 § 3; IIII, 20, 17 § 1; V, 9, 10 § 6; VII, 17, 1 § 2.

IX. Quatenus für ut finale ist zwar spätlateinisch überhaupt, in justinianischen Constitutionen aber so beliebt, dass es immerhin als Verdachtsmoment in Verbindung mit andern in Betracht kommen kann. Man sehe II, 55, 4 § 5; III, 1, 13 § 1; 2, 3 pr.; 28, 35 § 1; 34, 14 pr.; IIII, 20, 19 § 2; 21, 21 § 1; V, 13, 1 § 5e; 70, 7 § 6b. § 7; VI, 30, 22 pr. § 13a; 43, 1 § 1; VII, 4, 17 § 2; 7, 1 § 1a; 15, 1 § 3; 17, 2 § 3; VIII, 33, 3 § 2.

Nach spondere steht es VIII, 40, 26 pr.; für ita ut III, 33, 14 pr.; 33, 15 § 2; VI, 61, 6 § 2c.

X. Compelli wird von einem Müssen gebraucht, bei dem von einem Gezwungenwerden (durch Magistrat, iudex u. dgl.), keine Rede ist, auch nicht von einem indirecten, wie es z. B. bei dem legatum poenae nomine vorkommt (Gai. II, 239. 243). So von einem rechtlichen d. h. durch das objective Recht auferlegten Müssen: II, 58, 1 pr. (non aliter easdem probationes praestare compelli); IIII, 20, 19 § 2; VI, 61, 8, § 5a; VII, 54, 3 pr.; von faktischem Genöthigtsein III, 1, 18; von hypothetischem Müssen d. h. Müssen, wenn man dieses oder jenes erreichen will — VI, 46, 7 pr. (II, 58, 1 pr. kann auch hieher gezogen werden). In III, 28, 35 § 2 besteht das paternum amplecti compellitur iudicium einfach darin, dass die Querel ausgeschlossen wird; in IIII, 32, 26 § 4 das in sortem hoc imputare compelletur darin, dass das Recht bezw. der Richter den Abzug vornimmt.

XI. Coarctare für compellere kommt in nachconstantinischen Constitutionen des C. Theod. u. Iust. vor, schwerlich

bei einem klassischen Juristen[1]). Ich habe folgende Stellen notiert: C. Theod. II, 29, 2 (394) = C. I. IIII, 3, 1 pr.; C. Th. II, 42, 19 (405); ib. XI, 7, 5 (345); von justinianischen Constitutionen III, 1, 13 § 6; III, 38, 12 pr.

Finden sich nun in einem Digestenfragment mehrere solcher Eigenthümlichkeiten, so kann die Stelle nicht mit Sicherheit für rechtsgeschichtliche Zwecke verwendet werden; kommt ein rechtsgeschichtlich bedenklicher Inhalt dazu, so kann mit Sicherheit angenommen werden, dass die Stelle interpoliert ist.

Wir lassen nun noch einige Digestenfragmente Revue passieren, um die Brauchbarkeit der gewonnenen äusseren Kriterien zu erproben.

Betrachten wir die l. 25 de probat., die aus Paulus' Quästionen genommen ist. Wir finden da

a) den Aufbau wie er oben ad I dargelegt ist: si quidem is . . . sin uero confiteatur quidem . . dicat autem — § 1 Sin autem . . . tunc —. § 2. Sed haec ita, si . . . Sin autem . . . § 4. Sed haec ubi de de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio et rel.

b) den Indicativ in einem indirekten Fragesatz: Cum de indebito quaeritur, quis probare debet non fuisse debitum, res ita temperanda est usw. So nemlich ist zu interpungieren, und nicht mit Mommsen hinter debitum ein Fragezeichen zu setzen. Dadurch wird zwar eine sprachliche Incorrectheit beseitigt, dabei ist aber übersehen, dass dieser Anfang des Fragments ohnehin nicht von Paulus geschrieben sein kann, weil non fuisse debitum, wenn es auf quis probare debet folgt, ein Unsinn ist. Non fuisse debitum kann ja nur der Condictionskläger zu beweisen haben!

c) die legitimae (im pr.), evidentissimae probationes (§ 4);

d) den Ausdruck compelli ad probationes für beweispflichtig sein; zweimal im pr., und im § 4.

Bei diesem Fragment ist u. E. gar nicht mehr festzustellen, was von Paulus, was von den Compilatoren herrührt;

[1]) Wegen L. 57 pr. de contr. empt. vgl. unten.

bekannte nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est in l. 13 § 11 loc. cond.

VIII. Eine Eigenthümlichkeit justinianischer Constitutionen scheint auch das zu sein, dass nicht einfach Beweise, sondern manifestae, liquidae, apertissimae probationes u. dgl. verlangt werden. Dass darunter nichts Besonderes, sondern einfach genügender Beweis verstanden wird, zeigt VIII, 37, 14 § 2: nisi is . . . liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem si per scripturam sed saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit. Vgl. III, 28, 34 § 1; 33, 13 § 3; IIII, 20, 17 § 1; V, 9, 10 § 6; VII, 17, 1 § 2.

IX. Quatenus für ut finale ist zwar spätlateinisch überhaupt, in justinianischen Constitutionen aber so beliebt, dass es immerhin als Verdachtsmoment in Verbindung mit andern in Betracht kommen kann. Man sehe II, 55, 4 § 5; III, 1, 13 § 1; 2, 3 pr.; 28, 35 § 1; 34, 14 pr.; IIII, 20, 19 § 2; 21, 21 § 1; V, 13, 1 § 5e; 70, 7 § 6b. § 7; VI, 30, 22 pr. § 13a; 43, 1 § 1; VII, 4, 17 § 2; 7, 1 § 1a; 15, 1 § 3; 17, 2 § 3; VIII, 33, 3 § 2.

Nach spondere steht es VIII, 40, 26 pr.; für ita ut III, 33, 14 pr.; 33, 15 § 2; VI, 61, 6 § 2c.

X. Compelli wird von einem Müssen gebraucht, bei dem von einem Gezwungenwerden (durch Magistrat, iudex u. dgl.), keine Rede ist, auch nicht von einem indirecten, wie es z. B. bei dem legatum poenae nomine vorkommt (Gai. II, 239. 243). So von einem rechtlichen d. h. durch das objective Recht auferlegten Müssen: II, 58, 1 pr. (non aliter easdem probationes praestare compelli); IIII, 20, 19 § 2; VI, 61, 8, § 5a; VII, 54, 3 pr.; von faktischem Genöthigtsein III, 1, 18; von hypothetischem Müssen d. h. Müssen, wenn man dieses oder jenes erreichen will — VI, 46, 7 pr. (II, 58, 1 pr. kann auch hieher gezogen werden). In III, 28, 35 § 2 besteht das paternum amplecti compellitur iudicium einfach darin, dass die Querel ausgeschlossen wird; in IIII, 32, 26 § 4 das in sortem hoc imputare compelletur darin, dass das Recht bezw. der Richter den Abzug vornimmt.

XI. Coarctare für compellere kommt in nachconstantinischen Constitutionen des C. Theod. u. Iust. vor, schwerlich

bei einem klassischen Juristen [1]). Ich habe folgende Stellen notiert: C. Theod. II, 29, 2 (394) = C. I. IIII, 3, 1 pr.; C. Th. II, 42, 19 (405); ib. XI, 7, 5 (345); von justinianischen Constitutionen III, 1, 13 § 6; III, 38, 12 pr.

Finden sich nun in einem Digestenfragment mehrere solcher Eigenthümlichkeiten, so kann die Stelle nicht mit Sicherheit für rechtsgeschichtliche Zwecke verwendet werden; kommt ein rechtsgeschichtlich bedenklicher Inhalt dazu, so kann mit Sicherheit angenommen werden, dass die Stelle interpoliert ist.

Wir lassen nun noch einige Digestenfragmente Revue passieren, um die Brauchbarkeit der gewonnenen äusseren Kriterien zu erproben.

Betrachten wir die l. 25 de probat., die aus Paulus' Quästionen genommen ist. Wir finden da

a) den Aufbau wie er oben ad I dargelegt ist: si quidem is . . . sin uero confiteatur quidem . . dicat autem — § 1 Sin autem . . . tunc —. § 2. Sed haec ita, si . . . Sin autem . . . § 4. Sed haec ubi de de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio et rel.

b) den Indicativ in einem indirekten Fragesatz: Cum de indebito quaeritur, quis probare debet non fuisse debitum, res ita temperanda est usw. So nemlich ist zu interpungieren, und nicht mit Mommsen hinter debitum ein Fragezeichen zu setzen. Dadurch wird zwar eine sprachliche Incorrectheit beseitigt, dabei ist aber übersehen, dass dieser Anfang des Fragments ohnehin nicht von Paulus geschrieben sein kann, weil non fuisse debitum, wenn es auf quis probare debet folgt, ein Unsinn ist. Non fuisse debitum kann ja nur der Condictionskläger zu beweisen haben!

c) die legitimae (im pr.), evidentissimae probationes (§ 4);

d) den Ausdruck compelli ad probationes für beweispflichtig sein; zweimal im pr., und im § 4.

Bei diesem Fragment ist u. E. gar nicht mehr festzustellen, was von Paulus, was von den Compilatoren herrührt;

[1]) Wegen L. 57 pr. de contr. empt. vgl. unten.

es ist in derselben auch noch manches andere, was an justinianische Constitutionen gemahnt.

In l. 57 pr. § 1 de contr. empt. haben wir wieder das Schema: ut, si quidem . . . sin vero . . . . tunc — sin autem venditor quidem sciebat . . emptor autem ignorabat . . . si vero quantacunque pars et rel., und als weitere Verdachtsmomente coarctare für compellere und überdies est (coarctandus est) nach ut.

Die l. 22 § 8 sol. matr. hält Bechmann (Dotalrecht II S. 492) auf Grund ihres byzantinischen Stils für sicher interpoliert, während Muther solche Annahme mit Entschiedenheit für grundlos erklärt (Sequestration S. 212 Note). Ziehen wir unsere gewonnenen Kriterien zu Rathe, so finden wir in § 7 und 8 Folgendes:

a) das Schema zu I: et si quidem . . tunc nullo modo — sin autem tantus furor est — sin autem . . . maritus dirimere quidem matrimonium non vult, spernit autem infelicitatem uxoris . . . tunc licentiam habeat . . . . sin uero . . . tunc dotem sequestrari et rel.;

b) den Indicativ in indirektem Fragesatz: an autem illa repudianda est, considerandum est;

c) Motivierung in Frageform: quid enim tam humanum est etc.; was freilich für sich allein wenig bedeutet;

d) quatenus für ut finale zweimal in § 8;

e) der abl. absol. am Ende des § 8.

Dass ausserdem noch manches in der Stelle byzantinisch ist, ist klar; wir meinen aber, dass das Urtheil über die Interpolation der Stelle eine sicherere Grundlage erhält, wenn ganz bestimmte Stileigenthümlichkeiten, welche in justinianischen Constitutionen besonders häufig vorkommen, darin nachgewiesen werden.

In l. 33 leg. I ist die Bearbeitung durch die Compilatoren kenntlich durch die oben unter I, V, VII und VIII angeführten Eigenheiten.

Die l. 68 de rei vind., deren letzter Satz haec sententia generalis etc. schon wegen seines Inhalts nur von den Compilatoren herrühren kann (vgl. aber oben zu VI, und die Phrase locum habet ad), weist im Uebrigen das Schema zu I

auf, und ist also auch hier schwerlich ganz unverändert aus Ulpians Edictscommentar herübergenommen.

Es liessen sich noch viele Fragmente anführen, deren Interpoliertsein sich in ähnlicher Weise darthun lässt; der Zweck aber, den wir dabei allein im Auge haben könnten: darzuthun, dass selbst die wenigen oben angegebenen sprachlichen und sonstigen Eigenthümlichkeiten der justinianischen Constitutionen für die Diagnose von Interpolationen nicht werthlos sind, dürfte schon durch das Beigebrachte erreicht sein.

III.

Noch einmal die ‚Latini Juniani' und Ulp. I, 12.

Eine Replik.

Von
Herrn Professor **A. Schneider**
in Zürich.

In Bd. V p. 186 u. ff. dieser Zeitschrift bin ich davon ausgegangen, dass nach Gajus die lex Aelia Sentia den servus minor XXX annis zwar frei, aber als Nichtbürger erklärt habe. Die damit in Widerspruch stehende Stelle Ulp. I, 12 wurde in der Weise mit Gajus zu vereinigen gesucht, dass ihr erster Satz, wonach das Gesetz einen Solchen

Caesaris servum manere putat,

als eine blosse Interpretation des Gesetzes erklärt wurde. die nach Gajus' Angabe unrichtig sei und nur durch das im Laufe der vorangegangenen hundert Jahre zu Tage getretene Bestreben, dem Fiscus Einnahmen zuzuwenden, sich erklären lasse, wobei der zweite Satz

testamento vero manumissum perinde haberi jubet atque si domini voluntate in libertate esset

als ganz in Uebereinstimmung mit Gajus geblieben erschien.

Diese Ansicht wird im nämlichen Heft p. 221 ff. von Herrn Prof. Hölder mit gewohnter Energie bekämpft; ja es wird schliesslich von ihr gesagt, dass sie die Jurisprudenz der klassischen Zeit „als eine dermassen bodenlose erscheinen lassen würde, dass niemand mehr Lust hätte, mit solchen Betrügern wie Papinian, Ulpian und Paulus sich ferner zu beschäftigen und ihren Worten irgend welchen Glauben zu schenken".

Entkleiden wir zunächst diese Kritik von ihren Uebertreibungen, um die Discussion rein wissenschaftlich fortsetzen und sehen zu können, ob die von mir aufgestellte Ansicht widerlegt oder unwiderlegt erscheint, oder ob sie vielleicht in diesem oder jenem Punkte modificirt werden muss.

Vor Allem ist gegen den Schlusssatz Hölders einzuwenden, dass in meinem gedruckten Aufsatze weder von Papinian noch von Paulus irgendwie die Rede ist; auch steht gar keine uns erhaltene Stelle dieser beiden Schriftsteller mit der Nachricht Ulpians in einem Zusammenhange, welcher in der Bemängelung der letzteren zugleich einen Angriff auf die Glaubwürdigkeit jener beiden oder auch nur eines derselben erblicken lassen würde. Dass aber sowohl mit Bezug auf die Präzision des Ausdrucks (Caesaris servum manere) als auch in der Interpretation (lex — putat) und in der Zuverlässigkeit der Nachrichten überhaupt ein Unterschied zwischen Ulpian auf der einen, Julian Gajus Papinian Paulus auf der andern Seite und zwar zu Ungunsten des Ersteren, zu machen ist, das wird doch heutzutage sonst, so viel ich sehe, von Niemandem bestritten. Das zeigt ja auch schon deutlich die von mir l. c. p. 196 und 197 gelieferte Zusammenstellung der Berichte des Gajus und des Ulpian über den Inhalt des nämlichen Gesetzes. Wenn ich nicht irre, hat zuerst A. Pernice an vielen Stellen seines Labeo das Ansehen Ulpians erheblich gemindert; er weist nun auch in seiner Zeitschr. Bd. V p. 298 u. nach, dass Ulpian in l. 1 D. de const. princ. eine „positiv falsche" Nachricht gibt. Und Hofmann erklärt in seiner Gratulationsschrift zu Pfaffs Jubiläum geradezu, dass die Juristen nach Julian mit einziger Ausnahme Papinians eine Periode des Rückgangs der Jurisprudenz darstellen.

Ich bin also gewiss im Rechte, wenn ich mir verbitte, dass mein in einem Widerspruche zwischen Gajus und Ulpian

gegen die Glaubwürdigkeit des Letzteren abgegebenen Entscheid als ein Angriff auf die Zuverlässigkeit der klassischen römischen Juristen überhaupt, speziell auf Papinian und Paulus aufgefasst werde, und ich stehe auch mit meinen Zweifeln an der Glaubwürdigkeit Ulpians im Allgemeinen gar nicht allein.

Wir haben es also nur mit der Frage zu thun, ob solche Zweifel gerade im vorliegenden Falle gerechtfertigt seien, und wenn ja, ob die vorgeschlagene Correctur als annehmbar erscheine.

Zur Lösung des bezeichneten Widerspruches zwischen Gajus und Ulpian stehen zwei Verfahren zu Gebote:

entweder man ändert den Text, und zwar, da derjenige des Gajus fest steht, denjenigen Ulpians;

oder man nimmt eine Aenderung der Ansichten von Gajus bis auf Ulpian an, sei es dass diese Aenderung eine bewusste und gewollte, oder dass sie eine irrthümliche war.

Der erstere Weg ist weitaus der einfachere und bequemere; es ist auch derjenige, der in dieser Frage gegenwärtig allgemein begangen wird. Es ist aber doch um nichts desto weniger wahr, dass er nur dann betreten werden darf, wenn auf dem andern zu keinem Resultate zu gelangen ist. Und gerade die neuste Collation des Veronesischen Gajus, welche der Ausgabe Krügers und Studemunds vom vorigen Jahre zu Grunde liegt, dürfte als Warnungstafel für alle an zu starker Conjecturphantasie Leidenden und damit dem Schwindel Ausgesetzten an den Rand jenes Weges gestellt werden.

Ich habe mich in meinem erwähnten Artikel bemüht, eine Reihe mehr oder weniger gewagter Conjecturen, die zu der Stelle schon gemacht worden sind, zurückzuweisen. Als die in jeder Richtung plausibelste erschien die Ersetzung des Wortes Caesaris durch Caelius Sabinus; aber es wurde dagegen betont, wie schlecht zu dem Namen eines Juristen das nachfolgende jubet, ein Wort das doch nur von der lex gebraucht werden konnte, passt. Um diesem Einwand zu begegnen, sagt Hölder:

„nichts liegt näher, als die Annahme, dass anstatt des Wortes Caesaris Ulpian den Namen eines Juristen ge-

> schrieben habe; wessen, mag dahin gestellt bleiben. Dass nach dieser Ansicht der folgende Satz das Subject wechselt, ohne dies hervorzuheben, hat bei einem Auszuge, wie wir ihn hier vor uns haben, um so weniger etwas Auffallendes, da das Verbum jubet deutlich genug zu erkennen gibt, dass nun wieder vom Gesetze die Rede ist";

und im Weiteren führt er dann aus, dass demnach jener unbekannte Jurist zwischen den beiden Gesetzen, also nach der herrschenden Meinung zwischen 4 und 19 p. Ch., geschrieben haben müsse.

Gegenüber dieser Hülfe durch Veränderung des Textes und etwas gewagte grammatische Construction habe ich mit Beibehaltung desselben zu helfen gesucht durch die Annahme einer Aenderung der Auffassung. Welcher der beiden Wege vorzuziehen sei, das soll nun mit aller Ruhe erörtert werden.

Vor Allem hat Hölder gewiss Recht, wenn er, sobald er jenen räthselhaften Juristen vor dem Jahre 19 p. Ch. schreiben lässt, von Caelius Sabinus gänzlich absieht; denn wie wir aus Tac. hist. 1, 77 wissen, wurde dieser Jurist von Kaiser Otho für Juli und August des Jahres 69 p. Ch. zum Consul ernannt und Pomponius l. 2 § 53 de O. I. schreibt von ihm, dass er plurimum temporibus Vespasiani potuit; es ist also kaum anzunehmen, dass er mehr als 50 Jahre früher schon juristische Werke herausgegeben habe. Schwindet aber so jeder Anhaltspunkt für einen dem Worte Caesaris zu substituirenden Namen, so dürfte die Conjectur noch um so gewagter erscheinen. Aber auch die Annahme, dass nach dem Worte putat einfach wieder der frühere Faden aufgenommen und lex wieder als selbstverständliches Subject des folgenden Satzes „ideo . . . . jubet" angenommen werde, dürfte doch sehr bedenklich sein; denn es hat ja auch der vorhergehende Satz nicht etwa das Subject lex, sondern er wird mit der Wendung eadem lege cautum est eingeleitet. Ulpian konnte nach einem solchen Satze sich erlauben einen neuen hinzuzufügen, mit einem Verbum (putat), als dessen Subject lex im Nominativ zu denken ist; aber diesen zweiten Satz mit neuem Subject zu beginnen, und dann demselben einen dritten mit einem Verbum in der dritten Person folgen zu lassen in der Meinung,

dass als dessen Subject nicht etwa dasjenige des zweiten Satzes, sondern der in der unpersönlichen passiven Wendung des ersten gebrauchte Ablativ zu denken sei, das dürfte doch sogar bei Ulpian kaum erhört sein; man müsste dann doch gewiss jussum statt jubet, oder habeatur statt haberi jubet erwarten. Die Sache verhält sich ja ganz ebenso im Deutschen. Wenn da Jemand sagte:

> „Durch das nämliche Gesetz ist dafür gesorgt, dass der jüngere Sklave nur so und so Bürger werden kann. Hölder hält daher dafür, dass derselbe ohne diese Form Sklave bleibe; schreibt dagegen vor, dass der durch Testament Freigelassene anders zu behandeln sei“,

so denke ich, kein Mensch würde diese Construction für zulässig halten, obgleich man auch bei uns eine solche Vorschrift nicht einem Juristen, sondern einem Gesetze zumuthen wird.

Wenn aber auch dem positiven Vorschlage Hölders meines Erachtens nicht zuzustimmen ist, so ist damit allerdings noch nicht gesagt, dass auch seine negative Kritik meiner Ansicht ungerechtfertigt sei; wir können ja Beide Unrecht haben. Prüfen wir also diese nochmals an der Hand seiner Einwendungen.

Ich bin von der Beobachtung ausgegangen, dass Gajus ganz bestimmt und consequent in allen Stellen unterscheidet zwischen dem Erfolge der manumissio eines weniger als 30 Jahre alten servus und dem einer manumissio Seitens des weniger als 20 Jahre alten dominus. Die erstere, sine consilio vorgenommen, führt zur Freiheit ohne Civität, während die letztere ganz wirkungslos bleibt, die servitus bestehen lässt. Ein innerer Grund für diese Unterscheidung ist von mir nicht angegeben worden, er scheint mir aber nicht fern zu liegen:

Der pubes unter 20 Jahren war zur Zeit der lex Aelia S. in seiner Handlungsfähigkeit keineswegs beschränkt. Er konnte, wenigstens wenn die servi nicht in der gestio des Curators standen, nach seiner Willkür ihnen die Freiheit schenken; ein obrigkeitliches Decret war damals noch für keine Veräusserung nothwendig. So konnte es gar leicht vorkommen, dass ein junger Herr, einer plötzlichen Regung des Edelmuthes, der Dankbarkeit, der Liebe folgend, oder über den

Löffel balbiert, eine oder mehrere, sogar viele, Freilassungen vornahm, die er selbst nachher als übereilt bereute, oder die erfahrenen Leuten als jugendliche Thorheit erschienen, aber eben nicht mehr rückgängig gemacht werden konnten. Wie war da für die Zukunft zu helfen? Wie anders als dadurch, dass man für eine solche Freilassung die Mitwirkung eines Collegiums erfahrner Männer vorschrieb, und den ohne dieselbe vorgenommenen Akt für völlig wirkungslos erklärte. Denn hätte man dem Mangel eines consilium bloss die Folge gegeben, dass der manumissus statt civis nur latinus werde, so würde das für den Herrn ja fast ganz auf das Gleiche herausgekommen sein; an Stelle des dominium wäre so wie so der patronatus getreten. Das Interesse des dominus schien also hier die volle Wirkungslosigkeit des Manumissionsaktes zu fordern.

Ganz anders bei der Freilassung eines nicht 30jährigen servus durch einen erwachsenen Herrn. Diesen in seiner Handlungsfähigkeit zu beschränken, war kein Bedürfniss vorhanden. Wenn also auch hier ein consilium dennoch vorgeschrieben wurde, so muss der Grund hievon in der Person des servus gelegen haben; es muss ein staatliches Interesse bestimmend gewesen sein, welches zu fordern schien, dass jüngere Leute nicht ohne einen genügenden Grund mit voller Wirkung freigelassen werden können. Für den Staat aber war nicht die Frage entscheidend, ob jene jungen und jüngeren Leute frei oder unfrei seien, sondern die, ob sie römische Bürger seien, ob sie an den Comitien und Tribus, am Legionsdienst, an den Frumentationen, den Spielen Theil haben oder nicht. Darum heisst es hier civem esse, non esse. Es sind politische Erwägungen hier massgebend gewesen ähnlicher Art wie diejenigen, welche die Vermehrung der Zahl der liberti durch die lex Junia veranlassten.

Hölder anerkennt, dass der Ausdruck civis non est nicht sagen wolle, es sei die Freilassung überhaupt ungültig; er meint jedoch, dass, da das Gesetz sich damit über die letztere gar nicht ausspreche, die Versagung des Bürgerrechtes aber nach Cicero pro Caecina c. 33 Versagung der Freiheit sec. jus Quiritium sei, damit bloss prätorisch geschützter Freiheits-

besitz bei civilrechtlicher Unfreiheit ermöglicht werde. Ich kann das in der That nicht finden.

Ich will von der Frage absehen, welches Gewicht der Argumentation von Cic. pro Caecina 33, 96 zukomme, weit her ist es damit jedenfalls nicht. Cicero versucht nachzuweisen, dass die lex Cornelia, welche den Volaterranern das Bürgerrecht entzogen habe, ungültig sei. Er frägt: würde ein Volksbeschluss, dass du mein Sklave sein sollest, gültig sein? Gewiss nicht; also kann das Volk auch das Bürgerrecht nicht entziehen, entweder keins von Beiden oder Beides; denn wie kann der qui in numero Quiritium non est ex jure Quiritium liber esse? Cicero erlaubt sich hier mit advocatischer Schlauheit ein Wortspiel: weil der Entzug des Bürgerrechtes durch einen Beschluss der Quirites geschah, würden, meint er, die Volaterraner ex jure Quiritium freie Nichtbürger sein, was nicht möglich sei.

Gewiss fällt es aber gar Niemandem ein, zu sagen, dass der freie Peregrine oder Latine ex jure Quiritium frei sei; frei ist er aber deswegen doch, nämlich jure gentium; und so ist doch wohl die weit natürlichere Erklärung des Satzes der lex Aelia Sentia, dass der junge Freigelassene nicht Bürger geworden sei, die, dass er eben ein freier Latine oder Peregrine sei, und auch nur das steht im Einklang mit Hölders eigener Ausführung, dass ihm mit jenem Satze noch keineswegs die Freiheit abgesprochen werde.

Es würde auch in der That eine liederliche Gesetzesredaction gewesen sein, bloss zu sagen: „Bürger soll er nicht mehr werden"; in der Meinung, was er denn werden soll, das mögen die Prätoren halten wie sie wollen, rechtlich aber soll er von nun an Sklave bleiben, während er bis dahin ganz zweifellos durch den nämlichen Akt frei geworden war. Ein solches stillschweigendes Aendern des bisherigen Rechtes und gesetzliches Abstellen auf blossen prätorischen Schutz dürfte doch sonst wohl ohne Beispiel sein. Da ist es doch gewiss weit einfacher, zu sagen:

Bisher wurden solche Leute durch die einfache manumissio vindicta frei und Bürger;

hinfort aber sollen sie durch dieselbe nicht mehr Bürger werden;

also werden sie freie Nichtbürger.

Nun aber komme ich allerdings an einen Punkt, in welchem Hölder der Hauptsache nach Recht zu haben scheint, ohne dass dadurch indessen meines Erachtens die Frage des Datums der lex Junia und ihres Verhältnisses zur Aelia S. beeinflusst würde. Es ist die Discussion darüber, ob die folgenden Worte Ulpians:

> testamento vero manumissum perinde haberi jubet atque si domini voluntate in libertate esset

auf einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung beruhen oder nicht. Ich habe das Letztere angenommen, und das hat Hölder Veranlassung gegeben zu sagen, dass nach meiner Ansicht Ulpian (nebst Papinian und Paulus, von denen wir aber hier nicht weiter reden wollen) ein abgefeimter Betrüger sei, der nicht verdiene u. s. w. Würde Ulpian sagen: verba legis haec sunt, oder his verbis usa oder dergl., so würde mir nie eingefallen sein, anzunehmen, dass die angegebenen Worte nicht im Gesetze gestanden haben. Nun gebe ich schon zu, dass auch die Wendung Ulpians lex jubet auf eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung hinzudeuten scheint. Was mich bestimmte, eine solche dennoch nicht anzunehmen, war der Umstand, dass Gajus und die Institutionen Justinians bei der Wiedergabe des Gesetzesinhalts von einer solchen Bestimmung Nichts wissen, während sie doch bei deren Vorhandensein alle Veranlassung gehabt haben würden, davon zu sprechen, und dass dieselbe auch in den Zusammenhang nicht zu passen schien, was auch der auf Hölders Seite stehende Cantarelli anerkennt. Da nun aber unbestrittener Massen von den beiden genannten kaiserlichen Juristen Gajus weitaus der genauere ist, so wusste ich keinen andern Ausweg als den, dass Ulpian eben nicht die Worte, sondern nur den Sinn des Gesetzes, sowie er zu seiner Zeit verstanden wurde, wieder geben wolle, und unmöglich scheint mir das auch jetzt noch nicht zu sein. Hölder hat nicht versucht, eine Erklärung des räthselhaften Stillschweigens der Institutionen und ihrer alten Quelle zu geben, ihm genügt jene Notiz des Ulpian für sich allein zu voller Sicherheit.

In früheren Zeiten würde man unter solchen Umständen schnell mit einem bequemen Auskunftsmittel bei der Hand



gewesen sein. Man würde einfach angenommen haben, dass nach der Zeit des Gajus irgend ein Senatusconsult zum Gesetze erlassen worden sei, welches sich über die testamento manumissi ausgesprochen habe; und es würde ja eigentlich kaum gewagter sein, im vorhergehenden Satze das Wort Caesaris durch Senatus zu ersetzen, als den Namen eines unbekannten Juristen hineinzulegen; allein heute rufen wir doch einen solchen deus ex machina nicht mehr an.

Bei dieser Sachlage wird es wohl am besten sein, wir fragen nach der inneren Wahrscheinlichkeit der Angabe, dass das Gesetz die testamentarische Freilassung besonders behandelt habe. Diese lässt sich m. E. nicht läugnen. Dass beim Testament ein consilium nicht vorkommen konnte, bedarf wohl keiner Ausführung; es blieb also nur die Wahl, entweder der testamentarischen Freilassung wie bis dahin volle Wirkung zu geben, oder sie ohne die Möglichkeit einer Ergänzung zu beeinträchtigen. Das Erstere konnte man nicht thun, wenn man das oben betonte staatliche Interesse, welches gegen die Ertheilung des Bürgerrechts an gewisse junge serv sprach, im Auge behalten wollte. Es blieb also nur die beschränkte Wirkung der liberatio legata übrig. Hier war aber wieder zweierlei denkbar: entweder völlige Wirkungslosigkeit — oder unvollkommene Wirkung. Das Erstere war unmöglich, da man ja auch die Freilassung unter Lebenden ohne consilium mit Wirkungen versah; und so erübrigte nur das Zweite, eine unvollkommene Wirkung.

Damit tritt nun auch der Gegensatz zwischen dem ersten und dem letzten Satze von Ulp. 1, 12 zu Tage. Hölder nimmt im ersten so gut wie im letzten Satze fortdauernde Unfreiheit mit prätorischer Tuition (woraus später Latinität geworden) an; nach meiner Ansicht trat von Anfang an in beiden Fällen Latinität ein; aber ein Gegensatz ist doch vorhanden, nämlich der, dass im ersten Falle volle Wirkung durch vermehrte Form herbeigeführt werden kann, im zweiten nicht. Dass dieser Gegensatz bis jetzt nicht beachtet wurde, das mag seinen Grund darin finden, dass wir nach deutschem Sprachgeist in einem Satz mit non — nisi zunächst die Position einer Verneinung finden, von welcher dann wieder eine Ausnahme gemacht wird, während nach lateinischem Sprachgeist

non nisi viel enger zusammen gehört und der Nachdruck nicht auf die Verneinung, sondern auf das verbum fällt.

Der Sinn der Antithese ist also folgender:

Der vindicta manumissus wird nur durch causae probatio Bürger,

der testamento manumissus aber, bei dem eine solche nicht möglich ist? der soll in Zukunft behandelt werden wie wenn er ohne eine förmliche Freilassung bloss nach dem formlosen Willen des Herrn in Freiheit wäre.[1])

Dass das consequent war, leuchtet ein; und es scheint mir daher die Frage, ob das Letztere wirklich im Gesetz gestanden habe oder nicht, nebensächlich zu sein, richtig war es ja jedenfalls. Der Ausnahmefall von Gaj. 1, 21, der seinen besonderen einleuchtenden Grund hat (die volle Wirkung testamentarischer Freilassung und Erbeinsetzung durch einen insolventen Testator) ist hiebei ohne alle Bedeutung. Ich kann mir nun aber auch im ersteren Falle, wenn die testamentarische Freilassung im Gesetze erwähnt war, das Stillschweigen des Gajus hierüber doch erklären. Gajus hat in seiner Lehre de condicione hominum die Eintheilung in Freie und Unfreie an die Spitze gestellt (I, 9). Dann ist er auf die Ersteren übergegangen und hat zwischen ingenui und libertini unterschieden (I, 10 und 11); und endlich unterscheidet er die drei verschiedenen Stufen der libertini (I, 12). Er tritt zuerst auf die unterste Stufe derselben, die dediticiorum numero, ein (I, 13—15), mit einer kleinen Einschaltung über die peregrini dediticii (I, 14); dann folgt die oberste Stufe, die der cives, wobei die Requisite vollwirksamer Freilassung aufgezählt werden (I, 16 und 17), und hierauf diejenige, von der am meisten zu sagen ist, die mittlere Stufe, die der Latini. Am Schlusse der Aufzählung jener Requisite I, 17 hatte Gajus bereits gesagt:

sin vero aliquid eorum deerit, Latinus erit.

---

[1]) Hölder l. c. p. 213 will den Gegensatz darin finden, dass im ersteren Falle der servus wirklich von seinem Herrn in Freiheit gesetzt, im zweiten aber nur so behandelt werde, als ob dies der Fall wäre; aber kann man denn vom libertus orcinus in der That nicht mit Recht sagen, dass er von seinem Herrn in den Besitz der Freiheit gesetzt worden sei?



Wenn er nun I, 18 fortfährt:

> lex minores XXX annorum servos non aliter voluit manumissos cives R. fieri quam si vindicta apud consilium . . . . liberati fuerint,

so liegt darin allerdings schon von selbst, dass die testamento manumissi nicht römische Bürger, sondern nur Latini werden, und es konnte Gajus wohl einen bezüglichen Passus des Gesetzes als überflüssig, weil schon im Vorhergehenden enthalten, weglassen; natürlich blieb dieser Passus dann auch bei Justinian § 4 Inst. qui quib. 1, 6 weg. Beiläufig gesagt, fällt, wenn dies richtig ist, die Ansicht von Brinz, dass die bei Gaj. 1, 31 gebrauchten Worte et Latini facti ein weiteres Requisit enthalten, jedenfalls dahin.

Nun meint Hölder, sobald angenommen werden müsse, dass die Worte perinde haberi atque si domini voluntate in libertate esset in der lex Aelia S. gestanden haben, so liege darin der sicherste Beweis, dass damals die gesetzliche Freiheit der Latini Juniani noch nicht bestanden habe. Ich kann dies auch jetzt noch nicht finden und halte meine früheren bezüglichen Bemerkungen nicht für widerlegt. Allerdings mag meine frühere Unterscheidung zwischen in libertate morari und in l. esse wenig oder keinen Werth haben; dass aber der letztere Ausdruck bloss ein prätorisches Tuitionsverhältniss bezeichnen könne wie in possessione, in bonis esse, das glaube ich nicht. Warum soll man von dem, der allerdings nicht ex jure Quiritium weil nicht römischer Bürger, sondern nur als Latinus frei ist, nicht sagen können, dass er in libertate est? Und auch hier wieder scheint mir: es ist doch viel natürlicher, dass das Gesetz auf ein früheres Gesetz, welches die Stellung der betreffenden Leute genau fixirt hat, Bezug nimmt, als auf eine blosse der Gesetzgebung fremde und von den Prätoren jeden Augenblick aufzuhebende oder zu ändernde Uebung. Für entschieden unrichtig halte ich aber Hölders Argument, dass bei der Vorexistenz der Junia Norbana das Gesetz sich so ausgedrückt haben würde: die betreffenden libertini sollten Latinorum Junianorum numero sein, gerade so wie es von andern erkläre, dass sie „dediticiorum numero sein sollen, obgleich sie wirkliche peregrini dediticii doch gewiss nicht wurden"; ja wohl dediticiorum numero, aber eben

nicht peregrinorum dediticiorum; in unserm Falle also allenfalls Latinorum, aber nicht Iunianorum. Da sie aber von der grossen Menge der Latini, den coloniarii, sich unterscheiden, so war es doch wohl das Beste, statt sie bloss Latinorum numero zu nennen, ihre Lage im Hinblick auf das frühere Gesetz genau zu bezeichnen.

Wem aber die Argumentation für die Priorität der Junia aus Ulp. 1, 12 nicht zwingend ist, der beantworte doch einmal die längst von mir aufgeworfene Frage, wie es möglich war, dass nach Gajus 1, 29 der junge sine consilio Freigelassene eine römische Bürgerin heirathen konnte adhibitis non minus quam septem civibus Romanis puberibus, wenn er rechtlich noch servus war.

Indem Hölder schreibt, dass der unbekannte Jurist mit allem Recht den jungen sine consilio manumissus als servus erklärt habe, weil ja eben die lex Junia noch nicht erlassen gewesen sei; „nach der lex Junia würde auch er an der Freiheit, weil Latinität, jener Personen nicht gezweifelt haben", ist ihm natürlich die Schwierigkeit nicht verborgen geblieben, dass der im 3. Jahrh. schreibende Ulpian „jener Meinung im Praesens gedenkt, sie also auf das Recht der Gegenwart bezieht"; aber, meint Hölder, Ulpian „denkt eben nicht daran dass sie das Recht vor der lex Junia im Auge hat". Das ist doch höchst sonderbar: seit vielen Generationen ist nach Hölder ganz klar und allgemein anerkannt, dass der betreffende Manumittirte frei wird; vor 200 Jahren aber gab es einmal eine kurze Spanne von 15 Jahren, in welcher das nach der Ansicht eines damaligen Juristen anders war; das berichtet nun Ulpian als ob der Jurist jetzt lebte, weil er ganz vergisst, dass eine solche Ansicht jetzt, nachdem das längst in umgekehrtem Sinn geregelt worden, gar nicht mehr möglich ist; und er gibt sich auch gar nicht die Mühe zu sagen, dass jene Ansicht keine Bedeutung mehr habe, er betrachtet sie nur als „eine Curiosität". Wer wird das glauben?

Ich muss also auf Hölders Entgegnung kurz gesagt repliciren:

Die Annahme, dass Ulpian in 1, 12 die der lex Junia widersprechende Ansicht eines Juristen der Jahre 4—19 p. Ch. referiere, halte ich für weder mit den Schranken

der Conjecturalkritik noch mit den Regeln der Grammatik noch mit dem Sinn der ganzen Stelle verträglich;

und so lange nicht irgend eine andere plausiblere Conjectur vorgebracht werden kann, erblicke ich die Aufgabe des Interpreten darin, sich so gut wie das überhaupt möglich ist mit dem deutlich dastehenden Caesaris abzufinden.

Dagegen gebe ich nun die Wahrscheinlichkeit zu, dass die lex Aelia Sentia ausdrücklich bestimmte, es solle der testamento manumissus perinde habeatur ac si domini voluntate in libertate esset;

aber ich bestreite, dass daraus auf die Posteriorität der lex Junia zu schliessen sei.

Was nun jenes Abfinden betrifft, so läugne ich gar nicht, dass mein Erklärungsversuch ein blosser Nothbehelf ist; aber auch da wieder hat Hölder die mir entgegenstehenden Schwierigkeiten übertrieben und mir viel gewagtere Behauptungen in den Mund gelegt als ich je hätte aussprechen mögen. Nie ist mir eingefallen zu sagen, dass durch zwei Jahrhunderte die betreffenden Personen dem wirklichen Sinne der lex Aelia Sentia gemäss als Freie und Latinen behandelt worden seien, und erst die fiscalischen Tendenzen des 3. Jahrh. das geändert haben; sondern ich sagte, dass den Betreffenden Gajus als Latinus auffasste, 100 Jahre später aber Ulpian als Caesaris servus, und dass im Laufe dieses Jahrhunderts (nicht erst des 3. Jahrh. p. Chr.) die Ansprüche des princeps sich erweiterten. So lange aber die Lesart Caesaris bleibt, möchte ich wirklich fragen: wie kann man einen dieser drei Sätze bestreiten? Dass dabei auf Ulpians Charakter ein Makel falle, kann ich nicht sehen, ist ja doch keine Rede davon, dass er gegen besseres Wissen dem Gesetze einen Sinn unterschoben hätte, den es in Wirklichkeit nicht hatte; sind ja auch zwei heutige Juristen darüber, ob das civem non fieri der Aelia Sentia das Verbleiben in servitus bedeute oder nicht, verschiedener Ansicht, und hat ja nach der herrschenden Meinung auch Caelius Sabinus lange nach der lex Junia Norbana das Gesetz im Sinne Ulpians verstanden. Wenn aber Hölder das Caesaris servum esse für einen schreienden Eingriff in das

Recht des Patrons erklärt, so ist doch daran zu erinnern, dass dieser, wenn er eine justa causa manumissionis hatte, ja ein consilium zuziehen konnte, welches jene Folge ausschloss; und dass er, wenn er keine hatte, eben nicht manumittiren sollte.

Dass aber die gleiche Behandlung auch zu Ulpians Zeit den testamento manumissi nicht zu Theil wurde, wird ausser den von mir früher schon angeführten Gründen besonders auch dann begreiflich, wenn das Gesetz, wie Hölder wahrscheinlich macht, ausdrücklich bestimmte, dass sie perinde habeantur u. s. w.

Den vorstehenden mir durch die Redaction im Manuscripte mitgetheilten Ausführungen des Herrn Prof. Schneider gegenüber gestatte ich mir, um den Raum dieser Zeitschrift und die Geduld ihrer Leser nicht zu missbrauchen, nur einige Fragen.

I. Nach dem überlieferten Texte erklärt Ulpian I, 12, das Gesetz habe verfügt, dass der ohne consilium vindicta frei gelassene jugendliche Sklave nicht römischer Bürger werde, ideo nehme es an, dass er des Kaisers Sklave bleibe. Ist es nun glaublich, dass ein römischer Jurist so geschrieben habe?

II. Während unser Text für den Fall der manumissio vindicta Obiges sagt, so erklärt er, für den Fall der manumissio testamento habe das Gesetz etwas anderes verfügt; ideo sei ihre Wirkung eine andere. Wenn nun das Gesetz, wie Schneider annimmt, eine solche doppelte Verfügung schlechterdings nicht enthielt; welchen Namen verdient dann ein Jurist, welcher jene Unterscheidung ohne jeden Anhaltspunkt in den Worten des Gesetzes als eine von diesem selbst verfügte bezeichnete? War aber jener Jurist entweder Ulpian selbst oder einer seiner Vorgänger aus der Zeit nach Gaius; in welchem Lichte erscheint dann die ganze Jurisprudenz dieser Zeit, zu deren angesehenen Juristen doch wohl ein Mann gehörte, welcher es wagen konnte eine dem Texte des Gesetzes gänzlich fremde Unterscheidung als eine vom Gesetze selbst verfügte zu bezeichnen?

III. Dem Ulpian gegenüber wird von Schneider Gaius als „unbestritten weitaus genauer" bezeichnet. Liegen aber

die unleugbaren Vorzüge des Gaius vor Ulpian gerade auf dem Gebiete der sachlichen Zuverlässigkeit, und darf man sich insbesondere dafür, wie Schneider thut, auf eine durch Alfred Pernice (in dieser Zeitschr. VI, 298) dem Ulpian nachgewiesene falsche Nachricht berufen, während Pernice einerseits die betreffende Stelle des Ulpian für interpolirt und andererseits die Behandlung derselben Materie durch Gaius für gänzlich verkehrt erklärt hat?

IV. Folgt wirklich, wie Schneider annimmt, aus dem Gebote der Vorsicht in der Conjecturalkritik die Verpflichtung so lange keinen Text zu verwerfen, bis seine Ersetzung durch einen anderen gelungen ist?

Indem ich mit vorstehenden Fragen mich begnüge, füge ich nur noch hinzu, dass Schneiders Einwendungen gegen meine Ausführungen mich nicht überzeugt haben, dass ich aber weit davon entfernt bin alle Schwierigkeiten der fraglichen Materie als gehoben zu betrachten. Dass insbesondere die Heiratsfähigkeit des jugendlichen Freigelassenen ex lege Aelia Sentia der von mir vertretenen gemeinen Meinung wesentliche Schwierigkeiten bereitet, bestreite ich in keiner Weise.

E. Hölder.

IV.

Interpolationen in den Pandekten.[1]

Von

Herrn Dr. **Otto Gradenwitz,**

Privatdocent in Berlin.

Im Folgenden soll für einige Wortverbindungen und auch für einige einzelne Worte, die in den Pandekten mehr oder minder häufig vorkommen, der Tribonianische Ursprung dargethan werden.

---

[1]) Bei diesen Untersuchungen durfte ich die Vorarbeiten zum Index der Pandekten benutzen (s. v. d. Leyen, Bd. 4 dieser Zeitschrift S. 125 ff.); durch denselben wird die Möglichkeit gegeben, die Quellenstellen mit

Das Princip, wonach ich verfahre, ist dabei folgendes: wenn sich ein Wort im corpus iuris häufig in einer Bedeutung vorfindet, in welcher es in der übrigen einigermassen guten Latinität, und im regelmässigen Gebrauche der klassischen Juristen nicht erscheint, so ist dieses Wort verdächtig; kommt noch hinzu, dass es in einer relativ bedeutenden Anzahl von Stellen, aus irgend welchen äussern Gründen, interpolirt sein muss, so ergiebt sich eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass es auch in den übrigen interpolirt ist. Diese Wahrscheinlichkeit ist nicht für alle Wortverbindungen und Worte, welche im Folgenden besprochen werden sollen, die gleiche; bei einigen derselben dürfte sie absoluter Gewissheit sehr nahe kommen.

I. Pignoris causa tradere und accipere.

Die gewöhnliche Ausdrucksweise der römischen Juristen für Verpfänden und bezw. als Pfand erhalten ist pignori dare bezw. accipere. Daneben kommt nun, meines Wissens viermal in den Pandekten, die Verbindung pignoris causa dare bezw. accipere vor. Die betreffenden Stellen sind: l. 16 de O. et A. (44, 7); l. 36 de poss. (41, 2); l. 50 § 1 de ju. do. (23, 3); l. 8 pr. de pign. act. (13, 7). Von diesen sprachen l. 16 und l. 36 unzweifelhaft von der fiducia, und enthielten ursprünglich statt pignoris causa tradere die für die fiducia gebräuchliche Formel: fiduciae causa mancipio dare.[1]) L. 50 § 1 handelt von der Verpfändung eines Grundstückes, also des hauptsächlichsten Gegenstandes der fiducia, und schliesst sich unmittelbar an das principium an, in welchem von Condiction des fundus die Rede war, also Mancipation oder gar in jure cessio vorausgesetzt wurde. L. 8 pr. spricht davon, dass Auslagen gemacht sind: in servum aut in fundum, quem

leichter Mühe in einer Vollständigkeit zu sammeln, die früher durch die langwierigste Arbeit kaum erreicht werden konnte. — In Folge der gütigen Erlaubniss des Herrn Geh. Oberreg.-Raths v. d. Leyen wurde mir das Material durch Herrn Assessor Fritsche, in dessen Wohnung es sich damals noch befand, im Laufe dieses Sommers in freundlichster Weise zur Verfügung gestellt. Jetzt ist der Theil des Werkes, der den ersten Band der grossen Mommsen'schen Ausgabe betrifft, in die kgl. Bibliothek hierselbst übergeführt. Vom 2. Bande waren im Sommer die Bücher 30—42 bearbeitet.

[1]) Lenel, Edict. perpet. S. 232 Anm. 6.

pignoris causa acceperim; also von den beiden einzig möglichen, wenigstens den einzigen bekannten Objecten der fiducia. Da drängt sich denn unwillkürlich die Vermuthung auf, dass jene schleppende und ungewöhnliche Wendung auch in l. 50 § 1 und l. 8 pr. daraus zu erklären ist, dass Africanus bez. Pomponius die Fiducia erörtert hatten: Africanus zog in l. 50 zur Vergleichung mit der im principium erledigten Uebergabe und Mancipation dotis causa die Mancipation fiduciae causa heran; er schrieb also: et hoc evidentius circa actionem fiduciae apparebit; etenim si, cum fundum Cornelianum fiduciae causa tibi mancipio dedissem, postea ex conventione fundum Titianum in hoc tibi mancipio dederim, ut Cornelianum mihi restitueres; die Compilatoren änderten fiducia in pignus und mancipio dare in tradere um, verabsäumten aber, nunmehr auch die gebräuchlichen Ausdrücke pignori dare eintreten zu lassen, und ebenso verfuhren sie in l. 8 pr.; daher ist aus diesem rein äusserlichen und sprachlichen Grunde die Interpolation in diesen beiden Stellen noch erkennbar.

Hiergegen könnte nun eingewendet werden, dass in andern Stellen, wo die Compilatoren nachweislich die fiducia getilgt und durch das pignus ersetzt haben, nicht die hier in Rede stehende Formel für die fiducia, sondern die gewöhnliche pignori dare bez. accipere vorkommt; so z. B. in l. 22 §§ 1. 2 und l. 24 de pign. act. (13, 7), welche als aus Ulpian's 30. Buche entnommen ursprünglich von der fiducia gehandelt haben;[1]) ferner in l. 36 de pec. (15, 1), welche, wie Lenel, edictum perpetuum S. 234 nachgewiesen hat, ebenfalls von der fiducia gehandelt haben muss; so dass wir dazu kämen, den Compilatoren bei der Umwandlung der Ausdrücke Inconseqnenz vorwerfen zu müssen.

Jedoch lässt dieser Einwurf eine Widerlegung zu, welche sogar geeignet ist, auf die Entwickelung des Sprachgebrauchs der römischen Juristen einiges Licht zu werfen.

Die vier Stellen, welche pignoris causa tradere bez. accipere haben, sind aus Julian, bez. seinen jüngeren Zeitgenossen Pomponius und Africanus entnommen. Die anderen Stellen sind von Ulpian. Nun ist in den Institutionen des Gajus,

---

[1]) Lenel Bd. III dieser Zeitschr. S. 104 ff.

wo von der fiducia bekanntlich mehrfach ausführlich oder im Vorbeigehen die Rede ist, für dieses Institut immer nur der Ausdruck fiduciae causa mancipio dare gebraucht;[1]) bei Paulus, sententiae dagegen, wo die fiducia in Frage kommt, die Phrase fiduciae dare.[2]) Vergleichen wir damit die interpolirten Stellen, so finden wir: bei den Zeitgenossen des Gajus pignoris causa tradere, bei dem Zeitgenossen des Paulus pignori dare bez. accipere. Beides stimmt auf das Beste zusammen, sobald wir annehmen, wozu uns die Institutionen und die Sentenzen berechtigen, dass zu Gajus' Zeit das Gebräuchliche war: fiduciae causa mancipio dare, während zu Paulus Zeit die Abschleifung zu fiduciae dare bereits erfolgt war. Die Compilatoren haben dann eben überall nichts weiter gethan, als ganz schablonenmässig für pignus ein fiducia, und für mancipio dare ein tradere zu setzen. Bei den älteren Schriftstellern bis Pomponius fanden sie die Verbindung mit causa und darum ist uns eine solche in den Pandekten erhalten, — und so weit ich sehe bei den älteren keine dativische; bei Ulpian und Paulus fanden sie die dativische, und deswegen ist von Ulpian und Paulus in den Pandekten kein pignoris causa tradere zu finden.

Wenn man nun sich vergegenwärtigt, dass bei dem späteren Sprachgebrauche die Formel für die fiducia dieselbe ist, wie die für das pignus (fiduciae dare wie pignori dare), dass also die der fiducia eigenthümliche Formel zu Gunsten derjenigen für das pignus verlassen ist, so kann man vielleicht die Vermuthung wagen, dass die fiducia noch zur Zeit von Julian und Gajus auch ausserhalb des Pfandrechts ihr Anwendungsgebiet hatte, dagegen zur Zeit von Ulpian und Paulus lediglich auf das Pfandrecht beschränkt war, indem die übrigen Fälle allmählich ausser Gebrauch gekommen waren. Damit würde gut übereinstimmen, dass Gajus noch mehrere Fälle der fiducia anscheinend als gleichberechtigte aufführt;[3]) und dass alle Fälle von „Freundschaftsfiducia",[4]) welche uns überliefert sind: l. 84 ad l. Fal. (35, 2), l. 7 de evict. (21, 2), l. 27 § 1 mand. (17, 1) von Julian und Gajus sind.[5])

---

[1]) Z. B. II, 59; III, 201. — [2]) II, 13 § 6; III, 6 § 69. — [3]) Gajus II, 60. — [4]) Lenel, Edict. perp. S. 232 Anm. 6. — [5]) Im vorigen Hefte dieser Zeitschrift Seite 56 ff., suchte ich nachzuweisen, dass der Aus-

II. retradere.

Remancipare ist ein bei Gajus und den anderen uns ächt überlieferten alten Schriftstellern sehr gebräuchlicher Ausdruck. Dagegen ist für eine Rücktradition reddere und restituere die in den Pandekten übliche Bezeichnung. Nun kommt dreimal in den Pandekten der Ausdruck retradere vor; zweimal in Beziehung auf Immobilien bezw. Sclaven und das drittemal in einer Stelle, bei welcher es aus anderweitigen Gründen wahrscheinlich ist, dass darin von einer Mancipation die Rede war. Daher scheint es natürlich, dass in diesen Stellen retradere durch remancipare im Sinne der Pandektenjuristen zu ersetzen ist. Die erste dieser Stellen ist l. 58. sol. mat. Hier spricht Modestinus davon, dass ein Dotalsclave der Frau zurückgegeben werden soll, um auf ihr Geheiss eine Erbschaft, welche ihm hinterlassen ist, anzutreten; aber auch nur zu diesem Zweck; nach geschehener Antretung soll er dem Mann zurückgegeben werden: reddendus est a marito servus uxori ea condicione ut cum iussu eius adierit, rursum marito retradatur. Da der Sclave dem bonitarischen Eigenthümer erwirbt, so ist zwar an sich eine Eigenthumstradition für den hier in Rede stehenden Zweck genügend, wofern sie

druck per traditionem accipere in den Pandekten überall auf Rechnung der Compilatoren zu setzen ist, welche ihn statt mancipio accipere des Juristen einfügten. Leider zu spät bin ich darauf aufmerksam geworden, dass Schlossmann in Grünhut's Zeitschrift Bd. 8 S. 440 ff., bei Gelegenheit einer Besprechung von l. 37 § 6 de dom., ebenfalls bereits aus andern Gründen auf die durchgängige Interpolation von p. tr. acc. hingewiesen hatte. Wenn Schlossmann aber am Schlusse der bezüglichen Ausführungen, l. c. Seite 443 zu dem Resultat kommt: „aus diesem Grunde werden wir daher in den zahlreichen anderen Stellen der Pandekten, in welchen stipulari neben per traditionem accipere, stipulatio neben traditio steht, und in welchen überall die Argumentation von der besonderen Natur der Tradition nicht ausgeht, die Interpolation für zweifellos erachten dürfen," so glaube ich, nach wie vor dabei stehen bleiben zu müssen, dass die Compilatoren an einigen der bezüglichen Stellen interpolirt, an anderen bloss weggelassen haben. Nur bin ich jetzt zu der Ansicht gelangt, dass auch die Verbindung traditum accipere auf Rechnung der Compilatoren kommt; und dies deswegen, weil bei Ulpian in l. 5 de stip. serv. (45, 3) sich ein nominatim traditam rem accipere findet, während doch dies nominatim nur bei Stipulation und Mancipation einen Sinn hat.

nur eben bonitarisches Eigenthum auch wirklich verschafft. Aber ist nicht das hier in Frage stehende Rechtsgeschäft ein solches, wobei eine blosse Tradition ungenügend wäre, irgend welches Eigenthum zu verschaffen? wäre nicht eine Tradition ea condicione ut . . . . retradatur eine nuda traditio, welche Eigenthum nach l. 31. pr. de dom zu übertragen nicht im Stande ist[1]). Fällt nicht dies ganze Rechtsgeschäft unter den Begriff einer fiduciarischen Hingabe, zu welcher es eben einer Mancipation bedarf? Der Sclave wird hier hingegeben, damit er nach Erfüllung eines bestimmten Befehls zurückgegeben werde; darin liegt aber nicht eine justa causa, wie Kauf etc., sondern für ein solches Rechtsgeschäft ist die Tradition eben so ungenügend wie für die Pfandfiducia; für solche ihrem Wesen nach formelle Uebereignungen ist die formelle mancipatio das eigentliche und geeignetste Mittel.

Ganz ähnlich liegt das Verhältniss in l. 6 § 2 de A. E. V. (19, 1). Hier soll angenommen werden, dass eine area hingegeben sei mit der Beredung auf Rückübereignung, gerade wie in l. 28 ein Sclave: sed si aream tibi vendidi certo pretio et tradidi ita ut insula aedificata partem dimidiam mihi retradas, verum est et ut aedifices agere me posse ex vendito et ut aedificatam mihi retradas.

Beide Rechtsgeschäfte, das in l. 28 wie das in l. 6 § 2, fallen unter den Begriff von fiducia, welchen Boëthius IV. 10, 41 giebt: fiduciam accepit, cuicunque res aliqua mancipatur ut eam mancipanti remancipet; in beiden Fällen ist daher die Beziehung auf die mancipatio, auch abgesehen von allen sprachlichen Gründen, äusserst wahrscheinlich.

Die dritte Stelle ist l. 9 § 7 quod metus causa (4, 2): ex hoc edicto restitutio talis facienda est, [id est in integrum] officio judicis ut si per vim res tradita est retradatur et de dolo sicut dictum est repromittatur ne forte deterior res sit facta. Dass Ulpian überhaupt erzwungene Traditionen behandelt hat, ist nicht wahrscheinlich; dass er sie aber gar an die Spitze seiner Erläuterungen des Edictes über die actio in quadruplum gestellt haben sollte, ist im höchsten Grade unwahrscheinlich[2]); sehr natürlich ist die Annahme, dass er

[1]) Lenel, Bd. III dieser Zeitschr. S. 114. — [2]) Vgl. Schlossmann, Die Lehre vom Zwange S. 76 ff.

hier mit der Mancipation begonnen hat, welcher dann die Acceptilation und Stipulation folgten.

Sonach ist in den drei Stellen, die retradere haben, auch aus inneren Gründen sehr wahrscheinlich, dass dies Wort von den Compilatoren herrührt; und daher ist dieses Wort aus dem Sprachschatze der römischen Juristen zu entfernen.

III. Constitutum tempus, statutum tempus, praestitutum tempus.

Der Ausdruck: tempus oder diem constituere mit dem Participium: tempus constitutum bezw. dies constitutus oder constituta ist ein schon in der klassischen Latinität vorkommender. Vgl. die von Bruns, das constitutum debiti (Kl. Schr. Bd. I S. 202) gesammelten Stellen Cicero pro Caecina Cap. 11, 32; in Catilinam I. Cap. 9, 24; Livius XXXII. 15, zu welchen z. B. Cicero ep. ad fam. II. 11, 1 kommt. Dieser Ausdruck hat die Bedeutung eines festgesetzten Termines.

In den Pandekten kommt constitutum tempus (auch wohl constituti dies) sehr häufig vor; aber es bedeutet nicht den für etwas festgesetzten Termin, sondern die für etwas festgesetzte Frist. Constitutum tempus im Sinne der Pandekten ist nicht die Zeit, zu welcher etwas geschehen soll, sondern diejenige, innerhalb welcher es vor sich gehen soll; es bedeutet nicht einen Zeitpunkt, sondern einen Zeitraum.

Diese Veränderung der Bedeutung des Wortes würde an sich selbst betrachtet, vielleicht schon auffallend sein; sie würde aber nicht ausreichen, um die Annahme einer Interpolation zu begründen. Es kommt aber ein Zweites hinzu: constitutum tempus in den Pandekten bedeutet eine (durch eine Staatsgewalt) festgesetzte Frist, und es kommt in dieser Bedeutung sehr häufig vor. So oft es aber auch vorkommt, — nie bedeutet es eine Frist, welche nicht von der Staatsgewalt zur Zeit der Compilatoren anders bemessen worden wäre, als zur Zeit der Pandektenjuristen. Das kann kein Zufall sein; dazu ist das Vorkommen des Ausdrucks, wie unten gezeigt werden soll, zu häufig; es kann nur darin seinen Grund haben, dass die Compilatoren, wenn sie eine individualisirte Zeitangabe vorfanden (30 Tage; 1 Jahr; 1, 2, 3 Jahre), welche für sie wegen Wechsels der bezüglichen

Gesetzgebung unbrauchbar geworden war, zwar diese antiquirte Angabe stehen liessen, zugleich aber Bedenken trugen, dem alten Juristen die neue Zeitangabe in den Mund zu legen, — ein merkwürdiger Fall partieller Gewissenhaftigkeit. Die alte individuelle Zeitangabe konnten sie nicht stehen lassen, die neue wollten sie nicht einfügen, also blieb ihnen nichts übrig, als eine allgemeine Umschreibung.

Etwas anders steht es mit statutum tempus: statutum tempus kommt in den Pandekten in beiden Bedeutungen vor, welche oben für constitutum tempus unterschieden worden sind: es bedeutet sowohl constitutum tempus im Sinne Cicero's, als auch constitutum tempus im Sinne der Pandekten; sowohl Termin als Frist, sowohl Zeitpunkt als Zeitraum. Und in der letztern Bedeutung erscheint es, ebenso wie constitutum tempus, lediglich in solchen Fällen, wo sich die Länge der Frist in der Zeit zwischen den Pandektenjuristen und Compilatoren geändert hatte; wo es in dieser Bedeutung vorkommt, ist es daher, ebenso wie constitutum tempus immer, — für interpolirt zu erachten. In der Bedeutung eines Termins dagegen scheint statutum tempus in der That ein gebräuchlicher Ausdruck der römischen Juristen gewesen zu sein; wenigstens finde ich hier keinen Anhaltspunkt für die Annahme einer Interpolation.

Praestitutum tempus endlich kommt auch bei Paulus, sententiae in der Bedeutung „Frist“ vor, findet sich in dieser Bedeutung häufig in den Pandekten und scheint nirgends interpolirt zu sein.

Das Thatsächliche dieser Behauptungen ist nun aus den Pandekten zu erweisen; hierbei ordne ich das Stellenmaterial zunächst nach den einzelnen Rechtsinstituten, für welche die einzelnen Fristen gesetzt sind:

A. Vollstreckungsfrist der Urtheile.

Bekanntlich betrug die Frist vom Erlass eines Urtheils bis zu dessen Vollstreckbarkeit von den XII Tafeln an bis über die Zeit der klassischen Juristen hinaus, 30 Tage, und wurde erst von den spätern Kaisern auf 2 bez. 4 Monate erweitert. In Folge dessen war die Zeitangabe der klassischen Juristen für die Compilatoren unbrauchbar. Hier begegnen uns nun die in Rede stehenden Wendungen in folgenden Stellen:

1) l. 7 de re judicata (42, 1) (Gaius):

intra dies *constitutos,* quamvis iudicati agi non possit, multis tamen modis iudicatum liberari posse hodie non dubitatur, quia *constitutorum* dierum spatium pro iudicato, non contra iudicatum per legem constitutum est.

In dieser Stelle ist die Interpolation der beiden ersten constituti am handgreiflichsten, weil Gaius unmöglich sagen konnte, dass das spatium constitutorum dierum constituirt sei.

2) l. 2 eod. (Ulp.):

. . . . . perraro intra *statutum* tempus sententiae exsequentur veluti si alimenta constituantur vel minori viginti quinque annis subvenitur.

3) l. 2 de div. temp. praescript. (44, 3) (Marc.):

in tempore constituto iudicatis an intercalaris dies proficere iudicato nec ne debeat quaeritur.

B. Usucapionsfrist.

Nach der Umänderung der Usucapionsfrist durch c. un. C. 7, 31 war der annus bez. das biennium usucapionis ebenso unbrauchbar geworden, wie die triginta dies der judicati. Daher:

1) l. 26 § 8 ex quib. caus. maj. (4, 6)

Quotiens per absentiam quis non toto tempore aliquem exclusit ut puta rem tuam possedi uno minus die *statuto in usucapionibus tempore* deinde rei publicae causa abesse coepi restitutio adversus me unius diei facienda est.

2) l. 23 § 2 de usuc. (41, 3):

Si autem demolita domus est ex integro res mobiles possidendae sunt, ut *tempore quod in usucapione rerum mobilium constitutum* est . . . . .

3) pr. ibid.

quod si quis singulas res possidere dixerit necesse erit dicat possessione superficiei *tempori de mobilibus statuto* locum esse solum se capturum esse ampliori. [1])

4) l. 2 de div. (44, 3)

item de tempore quo lis perit sic sine dubio existimandum est ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio *quae*

[1]) Vgl. für die longi temporis praescriptio L. 76 D. 18, 1:
sed et longe temporis praescriptione, si utriusque possessio impleat *tempora constitutionibus statuta.*

> *tempore constituto expleri solet* aut de actionibus quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque actiones, et si quis fundum ea lege vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum inemptus esset fundus, dies intercalaris proficiet emptori. mihi contra videtur.

In dieser letzteren Stelle scheint übrigens nicht bloss die durch den Druck ausgezeichnete Phrase, sondern überhaupt die ganze Erwähnung der Usucapion auf Rechnung der Compilatoren zu kommen. Die Anknüpfung durch veluti si de usucapione sit quaestio ist nicht blos höchst ungeschickt, sondern auch ganz unpassend, weil vorher nicht von einem Verluste eines Processes durch Rechtserwerb von Seiten des Gegners die Rede war, sondern vielmehr von dem processualischen Untergang der lis selber durch Zeitablauf; lis perit gleich lis moritur, nämlich durch Ablauf von einem Jahr und sechs Monaten, wenn das judicium legitimum, durch Ablauf des Amtsjahres des Magistrates, wofern es imperio continens war. Diese für sie unpractische Erwähnung deuteten die Compilatoren um, auf einen Rechtserwerb durch Zeit, wobei allerdings befremdlich ist, dass ja der Ablauf der usucapio auf den Process ohne Einfluss war.

5) Endlich fragt l. 36 pr. D. 33, 2:

> cum . . . plus quam *statuto tempore* possederint, an eum fundum sibi adquisierint.

C. Einlösungsfrist für verfallene Pfänder.

Der annus luitionis wurde bekanntlich von Justinian[1]) in ein biennium verwandelt. Daher:

l. 63 § 4 de dom. (Tryph.):

> . . . . . et cum ex principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit jure dominii *intra constitutum luendi tempus* pignoris causa vertitur; post transactum autem tempus thesaurum in eo inventum ante solutam pecuniam totum tenebit oblato vero intra constitutum tempus debito quoniam universa praestantur atque in simplici petitore revocantur restitui debebit, sed pro parte sola quia dimidium inventori semper placet relinqui.

---

[1]) C. ult. pr. C. 8, 33.

D. Rückgabefrist für die Dos.

Nachdem Justinian die bis dahin bestehende annua bima trima dies für Rückgabe fungibler Dotalgegenstände aufgehoben hatte,[1]) wurden für die Compilatoren Abänderungen nothwendig. Daher:

1) l. 7 § 5 D. 2, 14 (Ulp.):
ut puta post divortium conuenit ne *tempore statuto dilationis* dos reddatur sed statim.

2) l. 78 § 4 D. de jure dotium (23, 3) (Tryph.):
. . . . nec divortio secuto praesenti die quod in numero est restituatur, sed *statuto tempore* solvi debeat.

3) l. 17 de pact. dot. (23, 4) (Proc.):
. . . . quaero, utrum quinquennii die vir uxori dotem redderet an *statuto legibus tempore.*
. . . . . itaque si cautum est ut propiore tempore quam *legibus constitutum est* reddatur stari eo debere . . . . .
. . . . . si propiore quam in reddenda dote *constitutum est*, data sit . . . .

4) l. 17 § 2 quae in fraud. cred. (42, 8) (Jul.):
Si vir uxori cum creditores suos fraudare vellet soluto matrimonio praesentem dotem reddidisset quam *statuto tempore reddere* debuit . . . .

5) l. 60 D. sol. matr. (24, 3) (Proc.):
Si filia familias nupta decesserit et pater funus ei fecerit, tametsi ei dotem post aliquod tempus gener reddere deberet tamen continuo socer agendo consequetur, ut inpensam funeris praesentem recipiat, cetera *dotis statuto tempore* solvantur.

E. Restitutionsfrist.

Arndt's Pandekten S. 204 Anm. 1 bemerkt, dass, wegen c. 6 § 2 C. de repud. her. (6, 31), in l. 26 D. 4. 6 die Erklärung Ulpian's über die Edictsworte: intra annum quo primum etc. weggelassen, und anderwärts statt utilis annus wahrscheinlich interpolirt: tempus restitutionis, oder utile statutum t. r. u. dergl. L. 19. 20. 39 pr. D. de minor. 4, 4

[1]) C. unica de rei uxoriae (5, 13): im § 7 wird bekanntlich an die Stelle der Unterscheidung zwischen fungiblen und nicht fungiblen Sachen, diejenige zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen gesetzt.

l. 28 § 3. D. ex quib. caus. maj. 4, 6 l. 9 § 4. D. de iureiur. 12, 2. Von den angezogenen Stellen enthalten l. 19, l. 20, l. 9 § 4 den Ausdruck statutum tempus, und es kommt zu diesen noch l. 6 de in int. rest. (4, 1) hinzu. Besonders hervorgehoben zu werden verdient l. 19 cit., weil in derselben einmal noch der Ausdruck annus utilis stehen geblieben ist.

F. Frist für den Verlust der Servituten durch Nichtgebrauch.

Arndts Pandekten S. 349 Anm. 2 hebt hervor, dass in l. 7 D. 8, 6 statt duplicato constituto tempore amittitur ursprünglich biennio amittitur gestanden hat, und dass in derselben Stelle auch statuto legibus tempore ein Einschiebsel an Stelle von biennio ist. Die Veränderung der Frist durch c. 13 C. de servit. (3, 34), ist auch hier der Grund der Interpolation. Ausser l. 7 cit. kommen hier mit denselben Ausdrücken in Betracht: l. 2 D. 8, 6 l. 16 eod. l. 19 pr. eod. Hervorgehoben zu werden verdient der Ausdruck per constitutum ad amissionem tempus in l. 10 § 1 D. 8, 6 und das statutum tempus für die usucapio libertatis in l. 4 § 28 de usuc. (41, 3).

G. Wiederverehelichungsfrist.

l. 8 de capt. (49, 15) (Paulus):

> Non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest, sed tunc, cum et voluerit mulier et adhuc alii *post constitutum tempus* nupta non est; quod si voluerit, nulla causa probabili interveniente poenis discidii tenebitur.

Bereits von Cujacius[1]) ist dargethan worden, dass in dieser Stelle die Worte post constitutum tempus nothwendigerweise ein emblema Triboniani sind, und sich auf die fünfjährige Frist beziehen, welche nach der späteren Kaisergesetzgebung, die in Novelle 22 ihren vorläufigen Abschluss gefunden hat, zwischen der Wiederverheirathung und der Gefangenschaft liegen muss. Auch hier sind also die betreffenden Worte nicht echt.

H. Appellationsfrist.

l. 5 § 5 de app. rec. (49, 5) (Ulp.):

> intra *constituta appellatoria tempora* debet is, cuius

---

[1]) VI, 414 C. der Neapolitana.

appellatio non est recepta, vel competentem iudicem vel principem adire.

Diese Stelle ist die einzige, bei welcher die Interpolation nicht sofort nachweisbar ist. Denn die Compilatoren haben im Tit. D. 49, 4 das biduum bez. triduum der klassischen Juristen beibehalten. Allein erstens ist die Wortfügung constituta appellatoria tempora an und für sich schon höchst auffallend, und sodann ist von Justinian allerdings eine Veränderung mit der Appellationsfrist vorgenommen worden. Novelle 23 cap. 1 nämlich hat diese Frist auf 10 Tage erweitert, und es ist nicht ausgeschlossen, obwohl allerdings schwer erklärlich, dass der Ausdruck in l. 5 § 5 als eine Art Vorwirkung der Novelle 23 cap. 1 anzusehen ist. Vielleicht bestanden schon bei Abfassung der Pandekten die legislatorischen Erwägungen, welche später zum Erlass der Novelle führten; und gewiss ist eine Berücksichtigung der Novellen nicht schlechthin zu verneinen.

Jedenfalls ist l. 5 § 5 die einzige Stelle, welche sich dem oben angeführten Princip nicht augenblicklich fügt.

Hier sind zur Ergänzung noch drei Stellen anzuführen, in welchen sich tempus constitutum, bez. dies constitutus nicht interpolirt vorfindet, welche aber dem oben angegebenen Princip nicht widersprechen, weil der Ausdruck in ihnen nur dadurch zu Stande kommt, dass beide Worte zufällig nebeneinander treten: es sind dies l. 13 D. 29, 5: .... quinquennii tempus constitutum est Senatus Consulto. Hier ist constitutum nicht Adjectiv zu tempus, sondern mit est zusammen Prädicat, und ebenso verhält es sich mit l. 38 D. 27, 1: peragendo enim negotio ex die nominationis continui quatuor menses constituti sunt. (Vergl. l. 7 de re judicata [42, 1]). Endlich ist noch zu erwähnen l. 50 D. 4, 8: mit diem qui constitutus compromisso erat. Hier ist dies constitutus in der Ciceronianischen Bedeutung gebraucht, — und in der That ist l. 50 von Alfenus, d. i. Servius.

Ueber statutum tempus und statutus dies = Termin vgl. z. B. L. 2 § 6 D. 5, 1; L. 6 § 2, L. 8 D. 18, 3; L. 47 D. 19, 1.

IV. Competens.

Das Adjectivum competens, gebührend, welches sich allmählich aus dem Participium von competere consolidirt hat, ist zwar der späteren Latinität nicht ganz fremd. Immerhin kommt es höchst selten bei lateinischen Schriftstellern vor. Dagegen ist es ein Lieblingswort der späteren Kaiser und besonders Justinian's. Dieser bringt es in seinen grösseren Gesetzen unzählige Male vor. Er will eben stets einschärfen, dass Alles auf gebührende Weise geschehen solle, während man früher mehr darauf bedacht gewesen war, im einzelnen Falle festzustellen, was denn das Gebührende sei, als eine solche Empfehlung des Gebührenden in abstracto zu geben. In diesem Sinne erscheint competens ähnlich dem constitutum tempus als eine Abstraction an Stelle einer individuellen Bestimmung.

Ein solches bevorzugtes Wort Justinian's, welches im Uebrigen selten vorkommt, ist nun an sich verdächtig, wo wir es in den Pandekten finden; es kommt aber bei competens hinzu, dass dieses Wort in sehr vielen Stellen, theils aus äusseren, theils aus inneren Gründen, ohne jeden Zweifel interpolirt ist, und dass in anderen Stellen die Interpolation sehr wahrscheinlich ist, so dass der Glaube an die Echtheit auch der wenigen Stellen, welche an sich selbst betrachtet, wenig Veranlassung zur Annahme einer Interpolation geben, stark erschüttert werden muss. Im Folgenden gehe ich die einzelnen Stellen durch:

1) l. 16 de test. (22, 5) (Paulus libro quinto sententiarum) Qui falso vel varie testimonia dixerunt vel utrique parti prodiderunt *a iudicibus competenter puniuntur.*

Hier haben Paulus und die collatio an Stelle der letzten Worte: aut in exilium aguntur aut in insulam relegantur aut curia submoventur. Hier ist also in der That an Stelle der individuellen Strafbestimmung durch die Compilatoren die allgemeine Anordnung gesetzt worden, gebührend zu bestrafen.

2) l. 31 § 1 de donat. (39, 5), von Papinian, versagt einer Mutter das Rückforderungsrecht für gewisse Sachen, welche sie dem Schwiegersohn in Gegenwart und im Namen der Tochter gegeben hatte; an die Versagung des Rückforderungsrechts schliesst sich nun in den Pandekten noch der Satz:

iudicem tamen aestimaturum, si mater iure contra filiam offensa eas revocare velit, et verecundiae maternae congruam bonique viri arbitrio competentem ferre sententiam.

Dieser Satz fehlt in den frag. vat. § 254, welche im Uebrigen mit unserm Paragraphen völlig übereinstimmen. Dies allein würde jedoch noch nicht hinreichen, um eine Interpolation zweifellos zu machen; es könnte immerhin der betreffende Satz in den vat. aus irgend einer Ursache weggeblieben, oder er könnte von den Compilatoren aus einer anderen Stelle Papinian's entnommen und hier ungeschickt angebracht worden sein. Allein einmal steht dieser letzte Satz, welcher das Rückforderungsrecht nun doch noch in das Belieben des Richters stellt, nachdem die vorausgehende Deduction es schlechtweg abgelehnt hatte, mit dieser letzteren in strictem Widerspruch; und sodann ist, wie bereits Puchta (Inst. Bd. II § 206 Note l) nachgewiesen hat, dieser Satz erst aus C. 1 und 4 C. Th. 8, 13, welche „der Mutter 349 das Recht gegeben, wegen Impietät der Kinder die an sie gemachten Schenkungen zur Hälfte zurückzunehmen, was sie 358 auf das Ganze erstreckten", zu erklären.[1]) Daher ist es hier zweifellos, dass der ganze Satz, in welchem das Wort competens steht, nicht dem Juristen, sondern den Compilatoren gehört.

3) In l. 22 § 7 und 8 sol. mat. kommt das Wort competens mehrmals vor. Allein diese beiden Paragraphen

---

[1]) In unserem Satze kommt die Phrase: materna verecundia vor, welche nach dem obigen in diesem Falle ebenso wie der Rest des Satzes emblema ist. Dieser materna verecundia entspricht die paterna verecundia in l. 14 § 1 de castr. pec. (49, 17). Diese paterna verecundia steht ebenfalls in einem Satze von Papinian, welcher der vorausgehenden Deduction schnurstracks widerspricht, vielmehr die schon erledigte Frage noch einmal aufnimmt, und in derselben süsslichen Weise erledigt, wie der Schlusssatz in l. 31 § 1. Da nun in dem verdächtigen Satze der l. 14 § 1 auch noch das bei Papinian ganz undenkbare quatenus = ut, und eine adquisitio stipulationis steht, so wird wohl der materna verecundia die paterna nachzusenden sein. — Schliesslich ist hier noch zu erwähnen, dass auch eine patronalis verecundia in der berüchtigten l. 20 de donat. vorkommt, sodass überhaupt die Verbindung von verecundia mit einem dem objectiven Genetiv entsprechenden adjectivum, allein den Compilatoren eigenthümlich zu sein scheint. Vgl. auch paterna reverentia in L. 52 D. 36 f.

sind ganz ohne Zweifel ein emblema Triboniani. Dies ist, nachdem es einmal von Cujacius festgestellt worden, wohl niemals mit Erfolg bestritten, und ist erst neuerdings wieder aus verschiedenen Gründen glaubhaft gemacht worden.[1]) Der Zusammenhang erfordert, dass hier mit einigen Worten auf die zwingenden Gründe eingegangen werde: einmal unterbricht die Ausführung dieser beiden Paragraphen vollständig den Gedankengang: Ulpian spricht in l. 22 von der Klage des Vaters und der Frau auf Herausgabe der Dos, und behandelt im Einzelnen die Voraussetzungen, unter welchen der Vater auch ohne Zustimmung der Tochter klagen kann. Im § 9 bespricht er nun den Fall des Wahnsinns der Tochter, in welchem ebenfalls der Vater für sich allein klagen kann; und diese Erwähnung muss die Compilatoren darauf gebracht haben, eine Abhandlung über den Wahnsinn als Ehehinderniss, bez. Scheidungsgrund einzuschalten, welche an diesen Ort ganz und gar nicht gehört. Lässt man die §§ 7 und 8 fort, so ergiebt sich ein genauer Zusammenhang zwischen § 6 i. f. und § 9; 2) aber ist diese Auseinandersetzung, betreffend den Wahnsinn als Scheidungsgrund, überhaupt erst durch die Theodosianische Gesetzgebung über schuldhafte Ehescheidung und Scheidungsstrafen möglich geworden; vom Standpunkte Ulpian's und der zu seiner Zeit bestehenden absoluten Scheidungsfreiheit ist sie ganz sinnlos; 3) aber ist diese Erörterung eine derjenigen, deren ganzer Stil die Unechtheit deutlich beweist; so deutlich, dass, auch wenn die beiden andern zwingenden Gründe nicht vorlägen, doch aus dem Stil allein voller Beweis geschöpft werden könnte.[2]) In dieser Hinsicht kann ich wohl auf die Ausführungen von Eisele Bezug nehmen.

---

[1]) Pernice, Ulpian als Schriftsteller S. 19, Bechmann, Dotalrecht Bd. II S. 313, Eisele S. 30 dieses Bandes. — [2]) Bynkershoek, in der Vorrede zu seinen Observationes will weder aus dem Inhalt noch aus dem Stil der §§ 7 u. 8 eine Interpolation folgern lassen. Aber seine Argumentation in Betreff des ersteren berücksichtigt nicht die Scheidungsfreiheit, die zu Ulpian's Zeiten bestand, und wenn er auch den Stil, welcher zwar freilich etwas blühend sein soll, für Ulpianisch ausgiebt, so kann dies wohl nur historisch erklärt werden. Die zu seiner Zeit in Ansehen stehenden Pandektenausleger von Alciatus bis Anton Faber hatten im Auffinden von Interpolationen wahrhaft geschwelgt; und, nicht zufrieden eine Interpolation aufgedeckt zu haben, glaubte

Also dass § 7 und 8 mit ihrem häufigen competens und competenter emblema sind, ist über jeden Zweifel erhaben; ebenso muss aber auch in § 6 ibid. in dem Satze et ideo officium judicis interponendum est, quatenus et patri et filiae competenter consulatur, mindestens der Nebensatz quatenus

---

namentlich Faber, an eine solche Entdeckung immer noch eine Verhöhnung Tribonian's anschliessen zu müssen. Wissenbach endlich hatte eine Sammlung von Interpolationen herausgegeben, in welcher er meistens nur als Referent erscheint, trotzdem aber sich durch dieselbe bedeutendes Ansehen verschafft. Dies empörte Bynkershoek, wie er in der Vorrede zu seinen Observationes erklärt, — und die allzu grosse Emendirungsfreudigkeit, welche bei den Juristen bis Faber geherrscht hatte, rief bei Bynkershoek die Reaction hervor, dass er nun seinerseits gegen jeden Emendationsversuch die äusserste Skepsis in Anwendung brachte; ihm gestaltete sich die Abwehr gegen die Emendationen dieser Art als eine Vertheidigung Tribonian's, wie die Anderen jede aufgedeckte Interpolation zu einer Anklage gegen Tribonian zu benutzen pflegten. Daher das wohl unter seinen Auspicien entstandene Buch von Wybo: Defensus Tribonianus; daher auch die bei einem Manne, dessen philologischen Scharfsinn zahlreiche Conjecturen bekunden, unbegreifliche Behauptung, der Stil unserer §§ 7 u. 8 sei Ulpianisch. Freilich kommt B. auf diesem Wege zu einem Resultat, welches für die von ihm so eifrig vertheidigten Compilatoren gerade am wenigsten schmeichelhaft ist; er nimmt nämlich an, dass grössere Interpolationen nicht ganz abzuleugnen seien, dass sie sich aber nur bei l. 6 D. 24, 2 und „paucis forte aliis“ finden. Aber, eine Commission, wie die Justinianische, konnte zwar verschiedene Wege einschlagen: sie konnte entweder denken, dass Wahrheit die erste Pflicht sei, und in Folge dessen in die Compilation nicht aufnehmen, was nicht authentisch war; dies allein würde dem modernen Ehrgefühl entsprechen; sie konnte auch meinen, dass Brauchbarkeit die nothwendigste Eigenschaft eines Rechtsbuches sei, und in Folge dessen die Ausführungen des Originals mit eigenen untersetzen. Aber von dieser Befugniss nur bei l. 6 D. 24, 2 et paucis forte aliis Gebrauch machen, im Uebrigen aber nicht, hätte geheissen, auf Wahrhaftigkeit verzichten, ohne die Früchte der Unwahrhaftigkeit ernten zu wollen. Nimmt man daher einmal an, wie B. dies thut und thun muss, dass l. 6 cit. interpolirt ist, so wird man eben durch die Annahme, dass die Compilatoren doch irgend ein Princip verfolgt haben werden, dazu gedrängt, eben solche Interpolationen auch in vielen anderen Stellen zn vermuthen. Solche sind ausser den von Cujaz II 886 A angeführten leges 1 § 1 D. 11, 1; 33 D. 30; 2 § pen. D. 5, 1; 25 D. 22, 3; 22 § 7, 8 D. 24, 3; 20 § 1 D. 39, 5 namentlich noch l. 1 de his qui not. (3, 2) (Lenel S. 62) l. 25 pr. loc. (19, 2), (vgl. Wissenbach, emblemata S. 44) und l. 1 § 36 depositi (16, 3), sowie l. 57 D. 18, 1 von hac quaestione an.

. . . . consulatur interpolirt sein, wie schon der Gebrauch von quatenus = ut beweist; wahrscheinlich sind hier noch weitergehende Interpolationen anzunehmen.[1])

4) l. 5 § 7 D. de agnosc. et al. lib. (25, 3) Ulp. de offic. cons.): . . . . . Pius ita rescripsit: aditi a te *competentes judices* ali te a patre tuo jubebunt . . . .

Dass mit competentes judices hier die Consuln gemeint sind, folgt aus der Inscription, aus dem Plural, und ist bereits von Rudorff (bei Savigny, Vermischte Schriften Bd. 2 S. 251 Anm. 2. Rechtsgeschichte Bd. 2 § 14 Anm. 6. Pernice, Bd. 5 dieser Zeitschrift S. 24), und auch von Cujaz Obss. 19, 40 und ad l. 4 de jud. [Opp. VII 1374] bemerkt worden.

Es müssen aber bei Ulpian die Consuln auch gestanden haben; denn in mehreren anderen Rescripten, die Ulpian in seinen Büchern de officio consulis anführt, ist der Ausdruck consules erhalten: vgl. l. 50. D. 35, 1. l. 3. D. 34, 1. In anderen Stellen ist das Wort consules zwar durch judices schlechtweg ersetzt; aber dass es ursprünglich bei Ulpian gestanden hat, geht namentlich aus l. 8 D. 50, 12 hervor: de pollicitationibus in civitatem factis *judicum* cognitionem esse divi fratres . . . . rescripserunt. Die divi fratres haben ganz gewiss nicht rescribirt, dass judices Cognition haben (wie sollten überhaupt in diesem Fall judices cognosciren können?), sondern dass consules Cognition haben; durch die Veränderung des consules in judices ist dem Satze aller prägnante Sinn genommen. Vgl. noch l. 39. D. 1, 7 und l. 27 pr. 40, 12, ferner l. 3. D. 34, 1, wo zu Anfang judices interpolirt ist, am Schlusse consules stehen geblieben ist, und l. 5. cit. § 14. Ueberhaupt weist auch rein sprachlich genommen, der Plural darauf hin, dass in unserer Stelle consules gestanden hat; denn judex pflegt bekanntlich der Einzelrichter genannt zu werden; die Consuln dagegen treten wie die Aedilen regelmässig selbander auf; so regelmässig, dass, wo im Verfolg der l. 5. cit. von judex die Rede ist, vielleicht an einen judex datus zu denken ist. Endlich: sollten die Consuln überhaupt in der früheren Kaiserzeit wohl jemals judices genannt worden sein, und welche Ursache sollten die Kaiser gehabt haben,

---

[1]) Bechmann, Dotalrecht Bd. II S. 310 ff.

den Bittsteller nicht einfach an die Consuln zu verweisen, sondern statt dessen die zuständigen Richter zu benennen, wobei sie aber durch den Plural gewissermassen wie durch eine Anspielung hätten errathen lassen, wer die zuständigen Richter seien?

Aus allen diesen Gründen scheint mir ganz sicher zu sein, dass Ulpian im § 7 cit., wo wir competentes judices lesen, die Consuln nicht nur gemeint, sondern auch genannt hat.

Uebrigens glaube ich, daraus, dass die Alimentengerichtsbarkeit den Consuln zustand, folgern zu sollen, dass die Rubrik des prätorischen Edictes nicht lautete: de agnoscendis et alendis liberis, sondern blos de agnoscendis liberis oder genauer de partu agnoscendo. Die Alimentation ist dann erst durch die Compilatoren, welche die l. 5 ff. hier einfügten, hinzugekommen, und demgemäss die Titelrubrik verändert worden. Die entsprechende Codexrubrik lautet blos de alendis liberis. Dass in l. 1 § 13, 14, 15, h. t. auch von derjenigen Alimentation die Rede ist, welche eine Folge der Agnition ist, kann hiergegen nicht angeführt werden, weil diese Alimentation eben nur ein ganz einzelner Erfolg des praejudicium ist, welcher neben der Agnition nicht eine besondere Erwähnung in der Titelrubrik verdient. Vgl. l. 1 pr. h. t.: Senatus Consultum, quod de agnoscendis liberis factum est.

5) l. 5 § 7 cit. mit dem Ausdruck competens judex führt nun zur Betrachtung aller derjenigen Stellen, in welchen sich sonst noch diese Wortverbindung findet. Der Ausdruck competens judex ist ganz besonders verdächtig, weil judex daselbst natürlich nicht den Geschworenen bedeutet, sondern einen Magistrat; nun hiessen die Magistrate zur Zeit der klassischen Juristen ganz gewiss nicht judices; wohl aber hiessen sie so zur Zeit Justinian's. Zur Zeit Justinian's hat es einen sehr guten Sinn, wenn Jemand an den competens judex gewiesen wird; zur Zeit der klassischen Juristen offenbar keinen. Für die klassischen Juristen ist, wenn der competente Richter in Frage kommt, stets an den competenten Magistrat zu denken, und dafür ist competens judex ein unmöglicher Ausdruck. An einen competens judex als judex verweisen, wäre zur Zeit der Klassiker eine offenbare Sinnlosigkeit gewesen. Denn

derjenige judex war allemal competent, welchen in Form Rechtens der Magistrat gab. Daher ist der Ausdruck competens judex, so oft er auch vorkommen mag, allemal an Stelle eines den Compilatoren unerwünschten eingesetzt. Er findet sich in folgenden Stellen:

l. 122 § 5 de V. O. (45, 1) (Scävola). Hier ist die Rede von einem Vormundschaftsprocess, wo Jemand apud judicem tutelae egit et victus provocavit ad competentem judicem et ab eo quoque ad principem idem provocavit. Dass hier unter competens judex der Stadtpräfect zu verstehen sei, hat Mommsen hervorgehoben[1]; es ist aber auch äusserst unwahrscheinlich, dass Scävola dies verheimlicht und dafür jene Phrase gesetzt haben sollte Die Compilatoren haben dieselbe eingestellt, weil zu ihrer Zeit nicht mehr der von Scävola genannte Magistrat competent war. Ebenso kommt der Ausdruck in l. 5 § 5 D. 49, 5 vor, wo ebenfalls ein hoher Magistrat darunter zu verstehen ist, in l. 2 § 1 D. 2, 5, wo ein Municipalmagistrat damit gemeint ist[2]), in l. ult. § 2 quod metus causa (4, 2), welche überhaupt sehr wunderlich lautet und in welcher kurz zuvor von praeses provinciae die Rede war, in l. 19 pr. D. 2, 1, wo der Fideicommissprätor gemeint ist (Ulpianus libro sexto *Fideicommissorum,* und der Singular, weswegen nicht die Consuln gemeint sind), l. 10 pr. D. 2, 8 und l. 28 D. 42, 1, wo ein Magistrat so genannt wird, welcher arbitri bez. judices gegeben hat; endlich ist noch der judex appellationi competens der l. 20 jud. solvi (46, 7) zu erwähnen; kurz, so oft auch competens judex in den Pandekten vorkommt, immer bezeichnet es einen Magistrat, d. h. Jemanden, den es nach dem Sprachgebrauch der klassischen Zeit nicht bezeichnen k a n n. Daher liefern alle Stellen mit competens judex einen Beweis mehr dafür, dass competens in den Pandekten stets unecht ist.

6) Dann kommt in Betracht l. 21 D. 5, 1: Der Schuldner gesteht seine Schuld zu: audiendum eum dandumque diem

---

[1]) Mommsen, Staatsrecht Bd. II S. 945 Anm. 3, ebendaselbst wird auf l. 38 pr. D. 4, 4 Bezug genommen, wo ebenfalls in einer Vormundschaftssache eine Appellation vom Prätor an den praefectus urbi und weiter hinauf stattfindet. — Danach ist vielleicht auch apud judicem tutelae egit nicht echt. — [2]) Vgl. Lenel, Bd. II dieser Zeitschr. S. 22 A.

cum competenti cautela ad solvendam pecuniam. Die durch den Druck hervorgehobenen Worte nehmen sich in Ulpian's Ausführung eigenthümlich genug aus; es kommt hinzu, dass, wie schon Brissonius behauptet hat, cautela wahrscheinlich stets von Tribonian eingefügt ist, da alle Stellen, in welchen es vorkommt, leicht heraushebbare, meist participial construirte Bestandtheile der betreffenden Sätze sind, und die Auferleguug von Kautelen eine Lieblingsbeschäftigung der Justinianischen Gesetze ist[1]).

7) Endlich ist hier noch zu erwähnen l. 7 D. 1, 18:
Praeses provinciae inspectis aedificiis dominos eorum causa cognita reficere ea compellat et adversus detractantem *competenti remedio* deformitati auxilium ferat.

Hier können die ausgezeichneten Worte jedenfalls ohne Beschädigung des Sinnes wegfallen; möglich ist auch, dass dieselben ebenso wie in l. 16 de testib. eine specielle Ausführung verdrängt haben.

8) l. 35 § 2 de proc. (3, 3): debebit absentem defendere *in competenti tribunali* et eadem provincia. ceterum cogi eum etiam in provincia de Roma abire vel e contrario vel a provincia in aliam provinciam et defendere durum est.

Hier wird auf die hervorgehobenen Worte im Folgenden kein Bezug genommen und sie stehen rein zum Ueberfluss da.

9) l. 43 de re jud. (42, 1): Paulus respondit eos, qui una sententia in unam quantitatem condemnati sunt, pro portione virili ex causa judicati conveniri, *et si ex sententia adversus tres dicta Titius portionem sibi competentem exsolvit, ex persona ceterorum ex eadem sententia conveniri eum non posse.*

Hier ist der Schluss von et si an eine seichte und schlecht stilisirte Exemplification (man ersieht nicht, woher auf einmal Titius kommt, und exsolvit in der indirecten Rede ist befremdlich), und dann: sollte wohl Paulus den Theil, den

---

1) Vgl. z. B. c. 25, c. 28 (Just.) C. 5, 37; c. 11 (Just.) C. 4, 34; c. 15, 4 (Just.) C. 7, 2. Besonders aber c. 3 § 4 (Just.) C. 8, 33: cum competenti cautela in eum exponenda. 6 pr. D. 13, 7 (von melius ab interpolirt).

Titius hergeben muss, portionem sibi competentem genannt haben?

Resümiren wir, so ergiebt sich, dass von den etwa fünfzehn Stellen, welche competens bringen, drei aus äusseren Gründen als interpolirt angesehen werden müssen, dass zehn andere aus inneren Gründen mit höchster Wahrscheinlichkeit als interpolirt anzusehen sind, und dass nur zwei bis drei nicht für, aber auch diese letzteren keineswegs gegen die Annahme einer Interpolation sprechen.

Von dem Adjectivum competens ist natürlich das Participium competens zu unterscheiden; abl. vom ersteren competenti[1]), vom letzteren competente[2]). Das Participium braucht natürlich nicht interpolirt zu sein, wenn auch das Adjectivum es immer ist. Nun ist aber eigenthümlicherweise auch bei dem Participium in einem Fall eine Interpolation sicher, in unverhältnissmässig vielen Fällen ist sie wahrscheinlich. Der sichere Fall ist: die Titelrubrik D. 37, 3 lautet: de bonorum possessione furioso infanti muto surdo caeco competente. Diese Rubrik ist nicht edictal (und auch in keine Edictrestitution aufgenommen); denn unter diese Rubrik ist kein Commentar zum Edict gestellt; sie ist nur da, um eine Stelle aus Papinian aufzunehmen. Ist sie aber nicht edictal, so kann sie nur compilatorisch sein.

Ferner kommt in l. 46 § 1 ad Treb. (36, 1) folgender Passus vor: desidero verbo tenus mihi restitui hereditatem, ut ex Trebelliano senatus consulto agenti, et ex eo competentibus actionibus etiam usuras debitas ex mortis die in tempus restitutionis persequar.

Ein agere ex Trebelliano kommt m. W. sonst nicht vor, sondern bloss ein actiones dare ex Trabelliano; jedenfalls kann aber aus dem Trebellianum erst dann geklagt werden, wenn die Restitution geschehen ist. Mit dem Restitutionsbegehren hat die Klage des Trebellianum nichts zu thun; diese setzt vielmehr die geschehene Restitution voraus. Vgl. l. 1 § 2 in f. h. t. — Aus dem Trebellianum kann restituirt werden, d. h. es kann restituirt werden mit der im Trebellianum ausgesprochenen Wirkung; aber auf diese Restitution ex Tre-

---

[1]) Vergl. l. 7 D. 1. 18; l. 35 § 2 D. 3, 3; l. 21 D. 5, 1. — [2]) l. 14 D. 46, 1.

belliano wird nicht ex Trebelliano geklagt, sondern sie wird vor den Fideicommissmagistraten implorirt. Ist somit das „ut agenti ex S.C.o Trebelliano“ kaum erklärlich, so bietet das von diesen Worten abhängige „et ex eo competentibus actionibus[1]) . . . persequar“ eben wegen dieser in dem ex eo liegenden Abhängigkeit und Bezugnahme dieselben Schwierigkeiten; hält man aber hiermit zusammen, dass es in der Justinianischen Neuordnung der Universalfideicommisse § 7 I. 2, 23 beinahe wörtlich gleichlautend heisst: quasi ex Trebelliano S.C.o (pro rata portione) actionibus (tam in heredem quam in fideicommissarium) competentibus, so drängt sich die Vermuthung auf, dass unser Satz in einer durch die Compilatoren entstellten Form überliefert ist, wie denn gerade beim Trebellianum überaus häufig eine Interpolation durch die explosio des Pegasianum nothwendig geworden ist[2]).

Hieran schliessen sich drei Stellen, in denen derselbe Ausdruck: competens actio bz. interdictum vorkommt, nämlich 1) L. 3 § 8 ad exhibendum. Dort wird die Frage besprochen, ob, wenn quis extra heredem (?) ein Codicill oder quid aliud ad testamentum pertinens vorgezeigt haben will, die Actio ad exhibendum zu benutzen sei, und die Frage wird verneint mit der Motivirung: cum suffici*unt* sibi (!) interdicta in hanc rem competentia. Diese Begründung nun ist nicht bloss merkwürdig in der Form, weil sibi statt ei steht, sondern auch darin eigenthümlich, dass zwei Interdicte genannt werden, während doch nur das Eine Interdict de tabulis exhibendis in Betracht kommen kann[3]).

Ueberhaupt ist es nicht Ulpian's Manier, bei Abweisung der Möglichkeit einer Klage die sonst zustehenden Rechtsmittel zu besprechen[4]); er commentirt bei Gelegenheit der A.o ad exhibendum eben nur diese und nichts weiter.

---

[1]) Gewöhnlich heisst es, wie im S.C. selber, dass die Klagen ex Trebelliano gegeben werden; doch kommt auch competunt actiones vor, vgl. l. 46 pr., l. 28 § 7, l. 20 § 1, l. 1 § 4 und l. 17 § 7 (in letzterer Stelle ist der Schluss von ita ut fideicommissario an höchst verdächtig); daher ist der Ausdruck an sich selbst betrachtet hier nicht zu beanstanden. — [2]) Meines Erachtens handelte das ganze vierte Buch Ulpiani fideicommissorum vom Pegasianum, so wie das dritte vom Trebellianum. — [3]) Die Meinung der Glosse, es sei an das Interdictum directum und utile zu denken, ist offensichtlich ein blosser Nothbehelf. — [4]) Pernice, Ulpian S. 12.

Eben dies spricht gegen die Echtheit des Schlusssatzes von l. 1 § 18 dep.: dort wird die A.o depositi gegen den manumissus verweigert, und der Schluss gezogen: erit igitur ad alias actiones competentes decurrendum; der Satz ist äusserst matt, bringt gar nichts Neues, und ist in dieser Form schwerlich dem Ulpian zuzuschreiben.

Noch auffälliger ist l. 12 D. 42, 8: Si pater filio familias liberam peculii administrationem dederit, non videtur ei hoc concessisse ut in fraudem creditorum alienaret: talem enim alienationem non habet: *at si hoc quoque concessit filio ut vel in fraudem creditorum facere possit, videbitur ipse fecisse et sufficient competentes adversus eum actiones. etenim filii creditores etiam patris sunt creditores, cum ejus generis videlicet habebunt actionem, ut his de peculio praestari necesse sit.*

Marcellus spricht zu Anfang der Stelle von dem Umfang der libera administratio peculii, und sagt, dass in derselben nicht die Befugniss zur fraudulösen Veräusserung liege. Dies ist selbstverständlich; sehr wunderbar daher, dass die Stelle im Fortgang den Fall im Auge hat, wo der Vater ausdrücklich auch fraudulöse Alienation erlaubt hat. Eine solche Erlaubniss wäre nicht Bevollmächtigung zu bestimmten Rechtsgeschäften, sondern Anstiftung zum Delikt, und könnte daher kaum als ein concedere aufgefasst werden. Zu beachten ist, dass von at si an die consecutio temporum nicht mehr gewahrt bleibt (si conc*essit,* ut poss*it,* vid*ebi*tur . . et suffic*ient*), und endlich, dass die Erwähnung der A.o de peculio am Schlusse der Stelle der Form nach durchaus unklassisch ist (byzantinische ambages statt altrömischer Kürze) und sachlich zum Vorhergehenden nicht passt; denn wenn der Vater videbitur ipse fecisse, so haftet er nicht bloss de peculio, sondern mindestens quod jussu. Aus diesen Gründen scheint mir hier ziemlich sicher, dass von at si an die Compilatoren sprechen, die in bekannter Weise der einfachen Entscheidung des Marcellus einen speciellen Fall entzogen haben, um diesen dann breit auszuführen. Marcellus hatte gesagt:

Auch in der libera administratio liegt nicht die Befugniss zu fraudulöser alienatio; die Compilatoren dachten: wenn nun aber doch Einer auch dies concedirt hat, was dann? und vergegenwärtigten sich nicht, dass Marcellus gewiss nicht

bloss eine Präsumption aufstellte, sondern gewissermassen jus cogens anssprach.

Endlich hat l. ult. § 4 de leg. II eine ‚actio fideicommissi in personam competens omnibus invicem', welche um so bedenklicher erscheint, als sie aus einem Präceptionslegat (fundum per praeceptionem singulis legavit) entspringt; die Versuche, diese Disharmonie aufzulösen, dürften kaum befriedigen; man sieht sich dabei genöthigt, schon für Scävolas Zeit eine solche Verschmelzung der legata und fideicommissa anzunehmen, dass das jahrhundertelang gesonderte Fortbestehen beider Vermächtnissformen nach dieser Zeit ganz unerklärlich wird.

Ueberhaupt ist nicht zu verkennen, dass in der Verbindung: actio competens das Participium dem Ajectivum sehr nahe steht: zwischen ‚zustehende' und ‚passende Klage' ist kein grosser Unterschied.

Ausserdem kommt das Participium competens in der Verbindung libertate competente oder post libertatem competentem vor:

l. 3 § 8 D. 12, 4: . . . . an ille qui se statu liberum putauerit, nec fecerit nummos accipientis, quoniam heredi dedit quasi ipsius heredis nummos daturus, non quasi suos, qui utique ipsius fuerunt, *adquisiti scilicet post libertatem ei ex testamento competentem.*

Ebenso schiebt l. 87 pr. D. 35, 1 die Worte competente libertate ein, wo von dem Legat für testamentarische Freigelassene die Rede ist, und l. 17 § 2 D. 40, 9 spricht von einem tempus competentis libertatis. Diese ausdrückliche Hervorhebung des „Zustehens der Freiheit" erklärt sich aber, insbesondere in l. 4 § 8 cit., sehr gut daraus, das Justinian ja die Erlangung der Freiheit auch an die blosse Erbeseinsetzung ohne ausdrückliche Freiheitserklärung geknüpft hat, und dass in Folge dessen die Compilatoren das gelegentlich durch Einschaltungen in die Pandekten ausdrücklich hervorzuheben sich bemüssigt fanden.

Sonach bleibt noch l. 14 de fidej.: Cum reus promittendi fidejussori suo heres exstitit, obligatio fidejussoria peremitur. quid ergo est? tamquam a reo debitum petatur,

et si exceptione fidejussori competente usus fuerit, in factum replicatio dari debebit aut doli moli proderit.

Aber auch diese Stelle klingt von et si an wunderlich. Zunächst ist nach dem Conjunctiv petatur der Indicativ debebit und proderit eigenthümlich, und sodann ist überhaupt nicht abzusehen, wie, wenn die obligatio fidejussoria todt ist, eine exceptio fidejussori competens (= quae compet*ebat*) Berücksichtigung finden soll. Vgl. Schulting ad h. l.

Ausser in den erwähnten Stellen findet sich das Wort competens nicht; ich bemerke am Schluss dieser Ausführungen nochmals, dass ich keineswegs die Behauptung aufstellen will, competens als Participium sei immer unecht; nur die merkwürdige Thatsache wollte ich registriren, dass keine Stelle, in der dies Participium sich findet, unbedenklich ist.

Praesumptio.

Praesumptio = Vermuthung ist zwar der goldenen, nicht aber der silbernen Latinität fremd. Trotzdem glaube ich, dass eine Betrachtung der sämmtlichen Pandektenstellen, die dieses Wort in der angegebenen Bedeutung bringen, deren Unechtheit glaubhaft machen wird.

Zunächst ist im Allgemeinen hervorzuheben, dass, bei der völligen Freiheit des Beweisverfahrens im ordo judiciorum, Präsumptionen nur in der Weise gegeben sein konnten, dass eine Annahme als im officium judicis liegend betrachtet wurde. Es ist also von vornherein wahrscheinlich, dass die Lehre von den Vermuthungen nicht einen technischen Ausdruck hervorgebracht hat, weil die Vermuthungen dem Richter nicht eigentlich anbefohlen wurden, sondern er nur mitunter erinnert werden konnte, dass er richtiger thue, wenn er von zwei Möglichkeiten a priori die eine als der Wirklichkeit entsprechend annehme. Wo das Beweisverfahren nicht gesetzlich geregelt ist, kann sich auch keine eigentliche Präsumptionslehre entwickeln.

So finden wir denn auch in den meisten Stellen, wo Präsumptionen in den Pandekten besprochen werden, den Ausdruck praesumptio nicht. Der Jurist denkt offenbar mehr daran, das im einzelnen Fall wahrscheinliche, als eine allgemein gültige Wahrscheinlichkeitsregel zu bestimmen. Aus

responsa der Juristen und rescripta der Kaiser bildet sich dann freilich in vielen Fällen eine gleichmässige Praxis heraus, aber doch wohl erst beim Niedergange des ordo judiciorum.

Betrachten wir nun die Stellen, wo allerdings praesumptio vorkommt.

1) L. 28 § 3 de lib. leg. (34, 3.) (Scävola libro XVI digestorum): Titius testamento facto et filiis heredibus institutis de patre tutore suo quondam facto ita locutus est: ‚Sejum patrem meum liberatum esse volo ab omni actione tutelae.' quaero, haec verba quatenus accipi debent, id est, an pecunias, quas vel ex venditionibus rerum factis vel ex nominibus exactis in suos usus convertit vel nomine suo faeneravit, filiis et heredibus testatoris nepotibus suis debeat reddere. respondit eum, cujus notio est, aestimaturum. *praesumptio enim propter naturalem affectum facit omnia patri videri concessa, nisi aliud sensisse testatorem ab heredibus approbetur.*

Scävola ist bekannt wegen der Eigenthümlichkeit, alles Faktische möglichst in die Frage zu drängen, und die Antwort in prägnantester Kürze erscheinen zu lassen. Daher ist ganz unwahrscheinlich, dass er an die bei ihm häufige Verweisung an den ‚cujus notio est' noch eine Explication über Präsumption geknüpft hat, wie sie im letzten Satz der Stelle vorliegt. Dieser letzte Satz kann unmöglich eine Begründung (enim) für das Vorhergehende geben. Nichts deutet in der vorhergehenden Entscheidung an, dass eine praesumptio für den Vater vorhanden sei. Im Gegentheil; man könnte die Worte so wiedergeben: das ist quaestio facti. Und dann die Ausdrucksweise im letzten Satz! „Die Präsumtion wegen des naturalis affectus macht, dass dem Vater Alles zugestanden zu sein scheint, Gegenbeweis vorbehalten." Das ist so breitspurig und dabei so unklar, wie Scävola niemals schreibt. Wohl aber ist diese ganze Betonung des naturalis affectus und die daraus folgende Verstümmelung der Rechtsconsequenz eine bei Justinian beliebte Methode.[1])

Man thut daher der klassischen Jurisprudenz wenig Ehre an, wenn man (wie Schulting ad h. l. dies thut) den letzten Satz, in der Erkenntnis, dass derselbe Scävola nicht gehören

[1]) Vgl. das bei Gelegenheit von l. 31 § 1 de don. (39, 5) entwickelte.



kann, dem Claudius Tryphoninus zuschreibt. Der in dem Satz liegende Gedanke ist unklassisch, und die Form, in der dieser Gedanke erscheint, ist barbarisch, und darum so wenig Tryphoninus wie Scävola angehörig. Er ist von den Compilatoren eingeschoben, welche die einfache quaestio facti von Scävola durch Aufstellung einer ihrer beliebten Vermuthungen zu Gunsten der Pietät entschieden, — „vorbehaltlich des Gegenbeweises", wie sie ebenfalls sehr häufig in den Pandekten eingeflickt haben. Auch rein äusserlich genommen, ist es sehr viel wahrscheinlicher, dass die Compilatoren den Satz eingeschoben haben, als dass „Claudius" in der Florentina ausgefallen ist.

2) Ganz in derselben Weise wird in l. 24 § 8 D. 40, 5 eine Erörterung über das Vorhandensein einer fideicommissa libertas durch die Worte abgebrochen: *sed cum ex praesumptione libertas praestita esse videtur, heredis est contrariam voluntatem testatoris probare.* Wie kann man nach klassischem Rechte sagen, dass „präsumptiv" die Freiheit prästirt ist? Dieser Schlusssatz, der die ganze vorhergehende Entwickelung umstösst, ist eben wieder ein Einschiebsel zu Gunsten der Freiheit, wie der Schlusssatz in l. 28 § 3 eins zu Gunsten der Pietät ist.

3) Dasselbe gilt von dem Endsatz der l. 40 § 7 de statuliberis (10, 7): melius autem est praesumptionem pro statuliberis esse. Auch hier wird die ganze Deduction corrigirt durch die letzten Worte, die augenscheinlich wieder eine Begünstigung der Freiheit bezwecken, und wohl vom souveränen Kaiser, aber nicht vom Juristen geschrieben sein können. Diese Worte geben sich auch schon durch den Indicativ als nicht zum Responsum gehörig. Das ganze Responsum ist von respondit abhängig im Infinitiv, und nun soll auf einmal der Jurist sein eingehendes und durchdachtes Responsum corrigiren durch die im Vergleich zu demselben geradezu leichtfertige Bemerkung: „Besser ist's aber, dass die Vermuthung für die statu liberi ist!" Dies scheint mir ganz unmöglich.

4) Ebenso wird die Schlussstelle von l. 57 de ju. do. (23, 3) gewiss nicht Javolenus zugeschrieben werden können. In diesem Gesetz ist die Frage, ob die dotis dictio: ‚quod filius [familias] tuus mihi debet, id doti tibi erit', die Klagen

gegen den Sohn oder die Peculiarklage gegen den Vater erlöschen mache, behandelt und des Näheren ausgeführt. Am Schluss stehen die Worte: quod si non evidenter appar*uit*, de *cujus* mulier obligatione sen*sit*, praesumptionem ad filii debitum spectare verisimile est, nisi evidentissime contrarium approbetur. Dieser Satz ist (theils wegen der unsinnigen tempora, theils wegen cujus statt utrius, theils wegen des ‚praesumptionem spectare ad‘, theils wegen des im ordo judiciorum unmöglichen Gegensatzes zwischen evidenter und evidentissime) schon der blossen Form halber unmöglich dem in sehr prägnantem Latein schreibenden Javolenus zur Last zu legen. Auch der Sinn des Satzes stimmt mit dem Vorhergehenden nicht überein, nimmt sich vielmehr ebenfalls wie eine Correctur desselben aus.

5) In l. 18 § 3 D. 33, 7 sagt Paulus, dass Kochtöpfe und Schüsseln zum instrumentum fundi gehören, und geht von da zu Krügen und ähnlichem Geräth über. Dabei stellt sich die Nothwendigkeit heraus, eine Grenze für das Inventar zu ziehen, und es wird Pedius citirt, der gemeint hat: optimum .. esse .. non propriam verborum significationem scrutari, sed inprimis quid testator demonstrare voluerit, *deinde in qua praesumptione sunt qui in quaque regione commorantur.*

Der cursiv gedruckte Satz scheint mir eingeschoben, einmal weil das sunt aus der Construction fällt, und sodann, weil er nichts neues bringt; denn die voluntas testatoris wird ja auch aus dem Gebrauch geschlossen, wie er in seiner Gegend besteht; trotzdem führt er sich mit deinde ein. Wie unschön ist auch das: qui in quaque regione commorantur.

6) In der überhaupt sehr verdächtigen l. fi. qu. met. ca (4, 2) ist der Satz: sed hujusmodi praesumptioni debet apertissimas probationes violentiae opponere — wegen der apertissimae probationes, und weil er schlecht in die Construction passt (non est verisimile . . ., sed . . . debet opponere) ganz besonders auffallend.

7) In der bekannten l. 25 de prob. (22, 3) kommt in dem an und für sich schon interpolirten principium der Satz vor: praesumptionem videlicet pro eo esse qui accepit nemo dubitat. Dass dieser Satz nicht echt ist, leuchtet ein.

8) Ebenso ist die Titelrubrik de probationibus et praesumptionibus nicht edictal, und daher ist sie compilatorisch.

9) Höchst merkwürdig ist auch l. 30 § 4 de A. vel O. H. (29, 2): Quid ergo si mulier praegnas *fuit,* cum put*aret* heres non esse praegnatem et ad*iit*, mox abortu*m* factum est? procul dubio nihil eg*erit.* totiens igitur ei sua praesumptio proficit, quotiens concurrit cum veritate.

Dieser Paragraph nebst dem seltsam verstümmelten § 3 eod. enthält bloss eine ungeschickte Wiederholung und Ausschmückung des in § 2 bereits vollkommen klar dargelegten, und namentlich der von Concurrenz zwischen Vermuthung und Wahrheit handelnde Schluss steht rein zum Ueberfluss da.

Wie konnte Ulpian, nachdem er in § 2 gesagt hatte: *sive* . . . *sit* re vera *praegnas*, . . adire hereditatem *non possum*, noch einmal die Frage aufwerfen, wie es zu halten sei: si praegnas fuit?

10) 11) Sonach bleiben noch zwei Stellen, die praesumptio = Vermuthung haben. L. 10 § 1 inf. de rebus dubiis (34, 5) und l. 24 de prob. (22, 3).

L. 10 § 1 von Ulpian lautet: Plane si ita libertatem acceperit ancilla: ‚si primum marem pepererit, libera esto', et haec uno utero marem et feminam peper*isset*: si quidem certum est, *quid* prius edid*isset,* non debet de ipsius statu ambigi, utrum libera *esset* nec ne, sed *nec* filiae: nam si postea edita *est, erit* ingenua. sin autem hoc incertum est, nec potest nec per subtilitatem judicialem manifestari, in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem *consequatur* quam filia *ingenuitatem*, *quasi* per praesumptionem priore masculo *edito.*

Ausser den durch den Druck hervorgehobenen unrichtigen tempora möchte ich noch auf das quid statt utrum, auf das zweimalige nec *(οὐδέ)* statt ne quidem, auf das unsinnige ingenuitatem consequi, auf die subtilitas judicialis, die im ordo judiciorum keinen Platz hat, sowie auf den Gräcismus [1]) quasi — edito *(ὡς — γεγεννημένου)* Bezug nehmen. Sodann: die Geburt per praesumptionem ist jedenfalls eine neue Art, das Licht der Welt zu erblicken! Endlich ist hier auch die von Eisele

[1]) Vgl. l. 25 pr. loc. (Justinianischen Ursprungs); § 7 I. 2, 23; 8 pr. D. 1, 6 (sehr verdächtig); c. ult. § fin. C. 8, 37. L. 3 § 1 D. 34, 3 (der ganze Paragraph interpolirt mit Rücksicht auf § 2.) 17 § 7 ad Treb. (36, 1) von ita, ut an sehr verdächtig.

(oben S. 19) hervorgehobene Verästelung mit siquidem und si vero zu finden, die allemal ein verdächtiges Zeichen ist. — Kurz, l. 10 § 1 scheint mir Justinianischen Ursprungs zu sein, um so mehr, als in c. 14 C. 7, 4 ein ähnlicher Fall behandelt wird, in dem dann auch: *in ambiguis sensibus* melius est, *et maxime in libertate,* favore ejus *humaniorem amplecti sententiam.*

L. 24 de prob. von Modestinus lautet: Si chirographum cancellatum fuerit, [licet praesumptione debitor liberatus esse videtur,] in eam [tamen] quantitatem quam [manifestis probationibus] creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenietur.

Diese Stelle trägt am wenigsten die Merkmale der Unechtheit an sich, und ich will nicht in Abrede stellen, dass Modestinus möglicherweise einmal den Ausdruck praesumptio gebraucht haben kann. Immerhin ist es leicht möglich, dass in der fraglichen Stelle die eingeklammerten Worte unecht sind. Es fällt dann die Härte des zweimaligen Vorkommens von debitor fort, und der Sinn bleibt mindestens ebenso gut. Die manifestae probationes gehören hier, wie überall, jedenfalls den Compilatoren an. Und sodann, ist die präsumptive Befreiung ein Gegensatz zu dem Haften auf einen Restbetrag? Zweifelhaft ist die Bedeutung in L. 44 § 4 D. 41, 3.

Dies sind — ausweislich des Index der Pandekten — die Stellen, in denen praesumptio = Vermuthung vorkommt. Absichtlich übergangen habe ich zwei Stellen, die ebenfalls von praesumptio reden, aber dies Wort in der eigentlichen Bedeutung = *πρόληψις,* Vorwegnahme nehmen. Dies sind l. 3 § 13 D. de Carb. edicto (37, 10): . . ne praesumptio Carbonianae bonorum possessionis injuriam adversariis afferat, und l. 3 § fin. D. 43, 4: . . ex epistula Divi Hadriani ad exemplum praesumptionis Carboniani edicti neutri praetor pollicetur possessionem. Die erstere Stelle übersetzen die Basiliken (XL, 5, 3): *μὴ γενομένου τῷ ἀντιδίκῳ αὐτοῦ προκρίματος ἐκ τοῦ λαβεῖν αὐτὸν τὴν δι᾽ ἀνηβότητα διακατοχήν;* und die letztere . . . . *ὡς ἐπὶ τοῦ* Carbonian*είου, εἰς νομὴν πέμπεται.* Dies legt für die zweite Stelle den Verdacht nahe, dass praesumptionis ein Glossem ist; aber dies, sowie die etwaige Unechtheit des Satzes in der ersten Stelle, kann hier

ganz dahin gestellt bleiben; dafür, dass praesumptio als Vermuthung unecht ist, bleibt es ganz gleichgültig, ob praesumptio als Vorwegnahme echt ist oder nicht.

Dagegen führe ich hier noch einige Stellen an, in denen auch das Verbum praesumere interpolirt ist.

1) L. 18 § 1 D. de Lege Cornelia de falsis (48, 10): Paulus libro tertio sententiarum: Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, *etsi suspectus esse praesumitur, quod ultro tutelam videbitur affectasse, tamen, si idoneus esse approbetur, non ex testamento, sed ex decreto tutor dandus est. nec excusatio ejus admittetur, quia consensisse videtur voluntati testatoris.*

Diese Stelle hat zwar manche stilistische Mängel, z. B. das videbitur, den transitiven Gebrauch von praesumitur, den Conjunctiv approbetur u. A.; trotzdem macht sie wohl nicht den Eindruck, als ob sie interpolirt sein müsse; und doch rührt der ganze Schluss von etsi an, also das praesumitur eingeschlossen, von den Byzantinern her; die sententiae des Paulus haben nach adscripsit nur: ut suspectus a tutela removendus est, *ad* quam ultro *videtur affectasse.*

2) L. 33 § 2 in f. de leg. III, Scaevola libro XV digestorum: . . . respondit, si donationis causa creditori solvisset, teneri heredes ex causa fideicommissi, si repetant, atque etiam petentes exceptione summoueri: *quod praesumptum esse debet, nisi contrarium ab herede approbetur.*

Es handelt sich um die Auslegung eines Fideicommisses zu Gunsten der Ehefrau; von respondit ab wird die Norm gegeben, in indirekter Rede. Daran schliesst sich wiederum, wie in l. 24 § 8 D. 40, 5 und l. 28 § 3 D. 34, 3, ein Satz in direkter Rede, der dem vorhergehenden nicht entspricht, und eine Vermuthung zu Gunsten der Legatarin aufstellt. Dieser Satz ist aber hier auch unlogisch ausgedrückt; denn *praesu*mirt wird auf jeden Fall, der Gegenbeweis des Erben entkräftet wohl die Annahme, nicht die praesumptio, die Voraus-Annahme.

3) Ganz ähnlich l. 73 § 3 de leg. III: Ulpianus libro XX ad Sabinum: Proinde si quis servos habuit proprios, sed quorum operas locabat vel pistorias vel histrionicas vel alias similes,

an servorum appellatione etiam hos legasse videatur? *quod et praesumi oportet, nisi contraria voluntas testatoris appareat.*

Hier ist wieder eine praesumptio zu Gunsten des Legatars, während Ulpian in den vorhergehenden Paragraphen die Entscheidungen ohne Vorbehalt gefällt hatte. Nur im § 4 kommt ein ähnlicher Vorbehalt: nisi *evidens* voluntas *fuit* etiam de his *sentientis;* dieser ist natürlich auch unecht, er stört den Zusammenhang zwischen puto non facile contineri und nam, und ist nach non facile ganz überflüssig; übrigens zeigt dies non facile, wie die Juristen sich in Fällen ausdrückten, wo ihnen die eine Möglichkeit plausibler war, als die andere. Endlich trifft den Satz mit praesumi derselbe Vorwurf, wie den in l. 33 § 2, präsumirt wird ein für allemal; der Gegenbeweis ändert an der Präsumption nichts.

4) L. 2 D. ad Treb. (36, 1): Celsus libro XX digestorum: Qui quadringenta reliquit, Titio trecenta legavit, heredis fidei commisit, ut tibi hereditatem restitueret, isque suspectam jussu praetoris adiit et restituit: quaerebatur, quid legatario dare deberes. dicendum est, [*quia praesumptum est voluisse testatorem cum onere legatorum fideicommissum restitui*] tota trecenta te dare Titio debere . nam . . .

Hier hat Mommsen bemerkt (ad h. l. tom. II Dig.), dass der Satz quia . . . restitui von den Compilatoren eingeschoben sei, wegen des folgenden Fragments von Ulpian.

Während in diesen vier Stellen die Interpolation ziemlich zweifellos scheint, möchte ich bei den folgenden lediglich die Gründe hervorheben, die für deren Unechtheit sprechen, ohne die Behauptung aufzustellen, dass diese Unechtheit Thatsache ist.

5) L. 14 § 8 D. de rel. (11, 7): Plerique filii cum parentes suos funerant, [vel alii qui heredes fieri possunt] *licet ex hoc ipso neque pro herede gestio neque aditio praesumitur, tamen* ne [vel] miscuisse se [necessarii vel ceteri pro herede gessisse] videantur, solent testari pietatis gratia id se facere.

Ob die eingeklammerten Worte von Ulpian oder, wie ich aus dem heredes fieri possunt, und dem ungenügenden Parellelismus schliessen zu können glaube, von den Byzantinern herrühren, ist hier gleichgültig. Dass aber die cursiv gedruckten Tribonianisch sind, dafür scheint mir zu sprechen,

a) dass die Gegenüberstellung von pro herede gestio und aditio ganz unerklärlich ist, besonders für Ulpian's Zeit, b) die transitive Redeweise statt des Accusativus c. Inf.

6) L. 3 de cond. ind. Papinianus libro IIXXX quaestionum: Idem est et si solutis legatis nova et inopinata causa hereditatem abstulit, veluti nato postumo [*quem heres in utero fuisse ignorabat*], vel etiam ab hostibus reverso filio [*quem pater obisse falso praesumpserat*:] nam utiles actiones postumo vel filio, qui hereditatem evicerat, dari oportere in eos .... rescripsit, [scilicet quod bonae fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur, nec periculum hujusmodi nominum ad eum qui sine culpa solvit, pertin*ebit*]. [1])

Die cursiv gedruckten Worte sind verdächtig, weil Papinian sagen musste: quem heres in utero *e*sse ignora*verat* statt *fu*isse ignora*bat*, und weil beide Zusätze ganz überflüssig, und der knappen Weise Papinian's nicht entsprechend sind.

Sonstige Stellen, in denen praesumere vorkommt, sind: l. 7 D. 12, 3; l. 37 D. 21, 1; l. 31 § 21 D. 21, 1.

Approbare = Beweisen.

Approbare heisst in der Regel billigen, viel seltener beweisen; in den Pandekten kommt es in der letzteren Bedeutung neben dem regelmässigen probare öfters vor, m. E. stets in Zusätzen der Compilatoren. Die Stellen sind:

1) 2) 3) Die oben (S. 71) als unecht bezeichnete Schlussphrase in l. 28 § 3 D. 34, 3 endet mit den Worten: nisi aliud sensisse testatorem ab heredibus ejus *approbetur;* diejenige von l. 57 de ju. do. (23, 3): nisi evidentissime contrarium *approbetur,* die von l. 23 § 2 de leg. III: nisi contrarium ab herede *approbetur.*

Wenn, wie oben bei praesumptio bz. praesumere nachzuweisen gesucht, diese ganzen Schlussphrasen Compilatorenwerk sind, so sind auch die Nebensätze mit approbetur Emblemata.

4) 5) 6) Dieselben Nebensätze kommen nun auch in

---

[1]) Der eingeklammerte Schluss scheint mir unecht, weil er eine seichte Argumentation zum Ueberfluss bringt, was nicht Papinianisch ist, sodann weil Papinian schwerlich von ad eum qui *qui sine culpa solvit* gesprochen hat, endlich weil Papinian ganz gewiss nicht tene*tur* .. nec pertine*bit* schrieb.

l. 27 § 3 D. 33, 7, in l. 18 pr. D. 34, 2, in l. 58 § 2 D. 7, 1 vor; in diesen Stellen sind sie ganz wie bei den sub 1—3 namhaft gemachten an die Entscheidung des Scaevola angesetzt; in l. 27 § 3 verräth überdies der Indicativ in der indirekten Rede[1]) und der Zusatz: manifeste zu approbant, in l. 18 pr. und in l. 58 § 2 die durch die Fragestellung nicht motivirte Beweisauflage zu Lasten des Erben, und in l. 58 § 2 das specialiter die Hand der Compilatoren. Ueberhaupt sind, wie Eisele (oben S. 27) hervorhebt, solche Nebensätze mit nisi stets verdächtig, und sie sind es namentlich dann, wenn sie Ausnahmen statuiren zu Gunsten der voluntas testatoris; denn obwohl diese voluntas von Alters her ein principiell zu berücksichtigendes Moment war, so ist ganz gewiss die Entwicklung in der Weise vor sich gegangen, dass ursprünglich die Worte eine relativ grosse Bedeutung hatten (verba legati), die später hinter dem Erforschen der voluntas ganz zurücktrat. Vgl. c. 5 § 1 C. 6, 27 (Justinian): . . . semper vestigia voluntatis sequimur testatorum.

7) Ganz ebenso ist es mit l. 65 § 2 in f. de leg. I von Gajus.

8) L. 5 § 3 D. 34, 3 lautet: Sed si damnatus sit heres filium liberare, non adicit Julianus, utrum acceptilatione filius an pacto sit liberandus: sed videtur hoc sentire, quasi acceptilatione debeat liberari, quae res patri quoque proderit. *quod optinendum est, nisi evidenter approbetur contrarium sensisse testatorem, id est, ne filius inquietetur, non ne pater: tunc enim acceptilatione eum non liberandum, sed pacto.*

Der Schluss dieser Stelle von obtinendum est an erscheint mehr als verdächtig. Zunächst ist obtinendum est statt der in solchen Fällen üblichen intransitiven Anwendung von obtinere ganz merkwürdig[2]); sodann ist der dem Erben vorbehaltene Gegenbeweis, dass der testator pactum, nicht acceptilatio gewünscht habe, hier sehr auffallend. Im § 2 ist von ähnlichen Fällen die Rede, und die Entscheidung des Juristen ergeht aus der Wahrscheinlichkeit der Thatsachen heraus,

---

[1]) Eisele S. 25. — [2]) Die Lexica führen für diesen Gebrauch von obtinendum est noch an: l. 34 de jure fisci (49, 14); L. 13 de doli mali exc. (44, 4); l. 86 pr. de A. vel O. H. (29, 2). In allen drei Stellen scheint mir die Interpolation der Schlusssätze unzweifelhaft.

ohne dass da von einem möglichen Gegenbeweis die Rede wäre. Und, wie höchst ungeschickt ist die Fassung dieses Vorbehaltes mit der Erläuterung durch id est ne filius inquietetur, *non ne* pater! Endlich aber ist ganz charakteristisch für die Byzantiner der Infinitiv am Schlusse des Satzes. Justinian spricht sehr häufig im Infinitiv, wobei das ganze Gesetz abhängig gedacht ist von einem zu Anfang stehenden sancimus. Bei Ulpian ist ein solcher absoluter Infinitiv unerhört, und, wo er vorkommt, ein sicheres Zeichen der stattgehabten Interpolation.

9) In l. 9 de rebus dubiis (34, 5) bespricht Tryphoninus die verschiedenen Arten von Commorienten, und sagt im § 2, dass, falls ein Libertus mit seinem Sohn zusammen sterbe, der patronus Intestaterbe sei: si non probatur patri supervixisse filius. Ebenso sagt er in § 3, dass, wenn Mann und Frau zusammen sterben, die Stipulation ex capitulo si in matrimonio mulier decessisset Platz greife: si non probatur illa superstes viro fuisse. Hier steht im Condicionalsatz der Indicativ von probare, und es ist individuell ausgeführt, was Gegenstand des Gegenbeweises sein soll. Dagegen lautet § 4: Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intellegitur supervixisse filius patri et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus ejus defertur, *nisi contrarium approbetur.* quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, *nisi et hic contrarium approbetur.*

Hier steht an Stelle von probare ein approbare, und sofort begegnet uns wieder der unrichtige Conjunktiv, nisi statt si non, und die leere Phrase contrarium statt der speciellen Ausführungen in den §§ 2 und 3. Zu bemerken ist noch, dass nach § 1, wenn ein Vater mit seinem Sohn bello (also war der Sohn pubes) periisset, der Sohn schlechthin als überlebend gedacht wird, ohne dass Beweis des Gegentheils gestattet wird.

10) Eben diese Phrase begegnet uns in l. 7 § 12 de pactis (2, 14). (Ulpianus): Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri: „rogavit Titius, spopondit Maevius" haec verba non [tantum] pactionis loco accipiuntur, sed [etiam] stipulationis, ideoque ex stipulatu nascitur actio, *nisi contrarium*

specialiter approbetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium.

Es leuchtet ein, dass die cursiv gedruckten Worte Einschiebsel sind. In klassischer Zeit bedeutete rogavit — spopondit in der Urkunde gewiss immer eine stipulatio.

11) L. 39 § 1 D. 4, 4 (Scaevola): Vendentibus curatoribus minoris XXV annis fundum emptor exstitit Lucius Titius et sex fere annis possedit et longe longeque rem meliorem fecit: quaero, cum sint idonei curatores, an minor adversus Titium emptorem in integrum restitui possit . . respondi, ex omnibus quae proponerentur vix esse eum restituendum, *nisi si maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse approbaverit, ei praestare, maxime cum sit ei paratum promptum auxilium curatoribus ejus idoneis constitutis.*

Hier spricht für die Interpolation des cursiv Gedruckten ausser der allgemeinen Verdächtigkeit solcher Sätze mit nisi (und der Unwahrscheinlichkeit davon, dass Scaevola, der knappe Respondent, eine so lang ausgesponnene Entscheidung gegeben habe) folgendes Besondere: 1) *ma*luerit statt *vo*luerit ist durchaus Justinianeisch, 2) expensa statt impensa ist in den Digesten mindestens ungewöhnlich, 3) die Construktion in dem Satze quas . . . . fecisse approbaverit ist ganz uncorrekt, es fehlt ein se, 4) die Verbindung expensas, quas bona fide emptor approbaverit, ei praestare ist sehr ungeschickt, 5) endlich ist die Wiederholung der Regressmöglichkeit an die Curatoren überflüssig, und höchst merkwürdig ausgedrückt.

12) In L. 75 de judiciis (5, 1) bespricht Julian die Frage, ob ein Richter, der de judicato cognoscit, auch die Prätorischen Contumacialdecrete prüfen solle; er verneint diese Frage, und dabei fügt Marcellus hinzu: si per dolum sciens falso aliquid allegavit *et hoc modo consecutum cum sententiam praetoris liquido fuerit approbatum,* existimo debere judicem querellam rei admittere.

Der Zwischensatz et . . . approbatum ist a) äusserlich auffallend durch den Conjunctiv, durch die *sententia* praetoris (vorher heisst es immer edictum und decretum; ebenso nachher bei Paulus), und durch den ungeschickten Ausdruck *liquido* approbatum, b) sachlich aber ein ὕστερον πρότερον, weil hier zur Frage steht, ob Beweis über das Decret zugelassen

werden soll; die Zulassung dieses Beweises kann nun nicht von einem Beweis abhängig gemacht werden, der seinerseits die Zulassung eines Beweises über das Decret voraussetzt.

13) Auch in der bekannten L. ult. de R. V., die den Namen des Furius Anthianus jedenfalls nur für die Worte: In rem actionem pati non compellimur mit Recht trägt, steht am Schluss ein approbaverit.

14) Ebenso kommt der Ausdruck in L. 25 pr. de prob. (22, 3) vor.

15) Aehnlich wie in L. 75 de judiciis (5, 1) cit. ist auch in L. ult. de his quae in test. (28, 4) ein Beweis an ganz unpassender Stelle eingeschaltet: .. Paulus notat: sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas *et hoc adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant,* scriptis avocabitur hereditas. Auch hier macht der Conjunktiv und der eigenthümliche Ausdruck für die Intestaterben den Satz auch sprachlich genommen sehr verdächtig, und sachlich ist er offenbar ganz überflüssig, ja störend.

16) In L. 21 de dolo malo (4, 3) ist der Satz ‚postea perjurium fuerit approbatum‘ wegen fuerit statt sit auffallend, und sodann zweierlei zu bemerken: einmal, in L. 20 ist bloss vom persuadere die Rede, und die Unrichtigkeit, ja sogar die malafides wird stillschweigend vorausgesetzt, sodass auch in L. 21 der Zwischensatz mit perjurium überflüssig ist, wie denn auch, damit Actio de dolo gegeben werde, noch gar kein Beweis des perjurii gefordert werden kann; und sodann ist es unmöglich, dass Ulpian geschrieben habe: Si juraueris et absolutus sis, . . . Labeo ait de dolo actionem *in eum* dandam. Hier liegt also jedenfalls Compilatorenänderung vor.

17) L. 88 de leg. I (Marcianus): sed si non alias voluit pater habere eum legatum, nisi hereditatem retineat, tunc neque adversus coheredem dandam ei legati petitionem secundum Aristonis sententiam constat, cum ipsi filio non videretur solvendo esse hereditas: *et hoc ita est, licet non condicionaliter expressisset, intellexisse tamen manifestissime adprobetur.*

Dass zum non alias velle — nisi — nicht ein condicionaliter exprimere gehört, dies besonders hervorzuheben dürfte Marcianus kaum Veranlassung gehabt haben; that er es doch,

so hat er sicherlich nicht gesagt: *est,* licet . . . express*isset,* intellexisse . . manifestissime (!) adpro*betur.*

18) L. 80 § 14 ad Treb. (36, 1) (Scävola): . . quaesitum est, an . . . debeat. respondit, non alias, nisi manifestum esset de dote quoque restituenda testatorem sensisse: atque etiamsi sensisset, *et hoc fuerit adprobatum,* ita . . . petitionem fere, si non . . . .

Hier ist der Zusatz et hoc fuerit adprobatum nicht bloss wegen des Tempuswechsels gegen sensisset auffallend, sondern in die ganze Erörterung gehört gar nicht ausser der Thatfrage noch die Beweisfrage hinein; die vier Worte sind eine überflüssige, ja streng genommen unsinnige Weitläufigkeit.

19) Ganz ähnlich steht es in l. 39 de poss. (Julianus): Interesse puto, qua mente apud sequestrem deponitur res. nam si omittendae possessionis causa *et hoc aperte fuerit approbatum,* ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. Auch hier ist die Anbringung der Beweisnothwendigkeit im ersten Glied auch inhaltlich überaus befremdend.

20) Ganz klar ist die Interpolation durch einen Zufall in l. 78 § 1 de leg. III (Paulus, wahrscheinlich aus Scävola entlehnt, vgl. pr. u. § 2).

Hier ist zunächst ein Zusatz nisi manifeste de his quoque legandis voluntas defunct*ae* adprobaretur. Dieser ist von der Art der schon mehrfach erwähnten. Darauf folgt nach einigen weiteren Zeilen: ut id optineat, quod testat*ori* placuisse a legatario adprobabitur. Hätte es hier nicht heissen müssen: testat*rici*?

21) Ueber l. 18 § 1 D. 48, 10 (Paul.), wo sich die Unechtheit von si idoneus esse adprobetur aus den Sententiae des Paulus ergiebt, habe ich oben bei praesumptio gehandelt.

Durch diese Stellen glaube ich gezeigt zu haben, dass *approbare* ein bei Interpolationen sehr beliebtes Wort ist, und danach glaube ich denn auch die wenigen noch übrigbleibenden Stellen, die, für sich allein betrachtet, eine geringere Wahrscheinlichkeit für die Interpolation geben, als unecht bezeichnen zu dürfen. Dies sind:

L. 9 § 6 D. 26, 8: Etiamsi non exaudiat tutoris auctoritatem

is qui cum pupillo contrahit, *scriptis tamen hoc approbetur,* recte negotium geritur, veluti si absenti pupillo per epistulam vendam aliquid aut locem et is tutoris auctoritate consentiat.

L. 6 § 4 D. 3, 2 Qui jussu praetoris pretio dato pactus est, non notatur. *sed et si jurejurando delato juraverit quis se non deliquisse, non erit notatus. nam quodammodo innocentiam suam jurejurando approbavit.* Gehörte überhaupt unter die Erörterung über das pacisci oder depecisci eine Besprechung des Schiedseides? Ist nicht erit notatus statt des üblichen notatur (also ev. nota*bi*tur) auffällig?

In l. 12 de prob. ist der Schlusssatz auch überflüssig, und kaum Celsinisch zu nennen; übrigens, selbst wenn man diese Stelle als echt annimmt, approbare judici, „dem Richter plausibel machen" immer noch etwas anderes, als beweisen.[1])

In l. 35 D. 4, 4 würde der Satz mit approbetur verdächtig sein, wenn nicht Hermogenianus der Autor wäre; um dieser Autorschaft willen scheidet diese Lex aus der Betrachtung ganz aus.

In l. 57 pr. D. 26, 7 ist der Satz si . . . . praetermisisse, wegen der Fragestellung völlig überflüssig, und, auf die Frage an . . . judicio tutelae consequantur *pupilli* wird Scävola schwerlich geantwortet haben: praestari ab *his* [tutoribus] *hoc* debere, so dass bei diesem responsum überhaupt eine grosse Umänderung stattgefunden zu haben scheint. — L. ult. de comp. 16, 2.

Zum Schluss möchte ich noch bemerken, dass die approbatio bei der causae probatio (Gaj. I, 19, 32) kein Beweis ist, und dass approbare = billigen, in folgenden Digestenstellen vorkommt:

L. 65 D. 3, 3; L. 24 pr. D. 19, 2; L. 36, 51, 1 eod.; L. 12 pr. D. 23, 3, vgl. L. 5 § 1 D. 2, 8.

---

[1]) Vgl. L. 5 § 3 D. 13, 5: si quid tibi debitum approbatum erit.

V.

Atilicinus.

Von

Herrn Professor Dr. **E. C. Ferrini**
in Pavia.

Dieser Jurist, der, wie bekannt,[1] ein Zeitgenosse des Proculus gewesen ist, wird 27 mal in den Pandekten, 1 mal in den vaticanischen Fragmenten [§ 77] und 1 mal in den Institutionen [2, 14 pr.] citirt.

Bei Ulpian wird er 12 mal angeführt und zwar: 9 mal in den Fragmenten ad Edictum D. 10, 3, 6, 4; 15, 1, 7; 2, 11, 4, 4; 4, 8, 21, 9; 8, 3, 5, 1; 17, 2, 52, 8; 20, 6, 6, 2; 44, 4, 4, 8; 47, 10, 11, 6. — 2 mal in den Fragmenten ad Sabinum D. 33, 8, 6, 4; Fr. vat. 77 = D. 7, 2, 1, 3. — 1 mal in den Fragmenten ad legem Juliam et P. P. D. 25, 7, 1, 1.

Bei Paulus findet er sich 9 mal citirt (dazu Inst. l. l.) und zwar: 2 mal in den Fragmenten ad Edictum D. 2, 14, 27 pr.; 3, 3, 43. — 6 mal in den Fragmenten ad Plautium D. 5, 3, 43; 8, 3, 35; 17, 1, 45, 7; 34, 3, 16; 35, 2, 49 pr.; 35, 2, 17; dazu Inst. 2, 14 pr. — 1 mal in den Fragmenten ad Sabinum D. 25, 2, 6; vgl. aber auch Inst. a. a. O.

Bei Pomponius wird er 3 mal angeführt (immer in den Bruchstücken ad Sabinum) D. 11, 7, 28; 13, 7, 6 pr.; 30, 48 pr.

Nur einmal citirt ihn Julianus [12 Dig.] D. 12, 4, 7; vielleicht muss man aber auch die Citation bei Africanus [2. Quaest.] D. 34, 2, 5 hieher ziehen. Endlich beruft sich Valens auf ihn [5 fid.] D. 32, 19. Ein Brief von ihm ist in Proculus' Briefsammlung bewahrt [11 epistul.] D. 23, 4, 17.

Es ist vor Allem folgende Stelle aus Ulpian's 17. Buch ad Edictum zu betrachten: D. 8, 3, 5, 1 ‚Neratius libris ex Plautio .... Proculum et Atilicinum existimasse ait.' Diese

---

[1]) D. 23, 4, 17. — Vgl. Rudorff, Römische R.-G. 1, 184; Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechts I, 1, 320.

Stelle wirft helles Licht auf die andere des Paulus [3 ad Ed.] D. 2, 14, 27 pr. ‚Neratius Atilicinus Proculus'.

Die Citation ist wohl auch hier auf Neratius' Bücher ad Plautium zu beziehen. — Atilicinus wurde aber im Texte des Plautius, nicht im Kommentar des Neratius angeführt, wie es sich aus dem Umstande ergiebt, dass er auch in Paulus' Büchern ad Plautium ziemlich oft erwähnt wird.

Paul. 2 ad Pl. [D. 5, 8, 43] ‚Atilicinus quibusdam placuisse ait.'
„ 5 „ [D. 17, 1, 45, 7] ‚Nerua Atilicinus.'
„ 9 „ [D. 34, 3, 16] ‚Nerua Atilicinus.'
„ 12 „ [D. 35, 2, 49 pr.] ‚Atilicinus Nerua Sabinus.'
„ 8 „ [D. 45, 2, 17] ‚Atilicinus Sabinus Cassius.'

Dazu vgl. Inst. 2, 14 pr. ‚Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos — — ad Plautium scripsit, refert'.[1])

Plautius' Werk war höchst wahrscheinlich eine Responsensammlung,[2]) wie es solche zu Trajan's Zeit viele gegeben hat [Minicius, Urseius Ferox, Neratius u. s. w.]. Plautius hat nicht nur einige Responsen zusammengestellt; er hat vielmehr auch die der berühmtesten Respondenten mit ziemlich grosser Vollständigkeit gesammelt und geordnet. Vgl. vat. fr. 77 „omnes auctores apud Plautium". — Wenn also Atilicinus bei Plautius vorkommt, so ist an Responsen dieses Juristen zu denken. Aller Wahrscheinlichkeit nach hatte schon Atilicinus seine Responsen herausgegeben; Plautius scheint sich auf ein Werk von ihm zu berufen [D. 5, 8, 43].

Auch in andre Sammlungen sind Responsen des Atilicinus aufgenommen worden. Ulpian [19 ad Ed. D. 10, 3, 6, 4] schreibt: ‚sed et partum uenire [es ist vom iudicium communi diuidundo die Rede] Sabinus et Atilicinus responderunt.' Er hat hier gewiss Julian vor Augen [vgl. fr. 6 §§ 8. 9. 12], und zwar Julian's Bearbeitung der Responsensammlung des Urseius Ferox[3]) [vgl. fr. 5, 6 § 12 eod.], die eben eine Quelle

[1]) Auch in Fr. vat. § 77 gleich nach einer Citation von Atilicinus [darüber vgl. unten] werden „omnes auctores apud Plautium" angeführt. Ich verstehe „alle Juristen, deren Meinungen [wohl ‚Responsen'] Plautius zusammengestellt hat". — [2]) Darüber werden wir Näheres in einer nächstens erscheinenden Abhandlung ausführen. Spuren des ursprünglichen Charakters des Werkes sind auch in den Bruchstücken der Bearbeitung des Paulus ersichtlich; vgl. z. B. D. 34, 3, 18. — [3]) Ueber das Werk des Urseius vgl. Voigt Aelius und Sabinus p. 34. Ich nehme

von Ulpian's Gelehrsamkeit gewesen ist.[1]) Es ist also sehr wahrscheinlich, dass Responsen des Atilicinus auch in der Sammlung des Urseius vorkamen.

Es ist wohl zu glauben, dass das Originalwerk des Atilicinus bald in Vergessenheit gerieth. (Fufidius scheint es noch gekannt und benutzt zu haben, vgl. D. 34, 2, 5 und Vat. Fr. § 77 nach der gewiss richtigen Mommsen'schen Vermuthung.) Ein Beweis dafür liegt meines Erachtens in dem Umstande, dass Atilicinus fast nur neben andren Juristen angeführt wird. Die klassischen Juristen fanden seine Responsen nebst denen von andren Respondenten in den geläufigen Sammlungen zusammengestellt. Hier nur einige Beispiele: D. 2, 14, 27 ‚Neratius Atilicinus Proculus'; D. 4, 8, 21, 9 ‚Proculus et Atilicinus aiunt'; D. 8, 3, 5, 1 ‚Proculum et Atilicinum existimasse ait'; D. 10, 3, 6, 4 ‚Sabinus et Atilicinus responderunt'; D. 12, 4, 7 ‚Nerua Atilicinus responderunt'; D. 15, 1, 17 ‚et Proculus et Atilicinus existimant'; D. 17, 1, 45, 7 ‚Nerua Atilicinus aiunt'; D. 17, 2, 52, 18 ‚Atilicinus Sabinus Cassius responderunt'; D. 25, 2, 6 ‚Atilicinus et Fulcinius aiunt'; D. 32, 19 ‚Nerua et Atilicinus putauerunt'; D. 34, 3, 16 ‚Nerua Atilicinus — aiunt'; D. 35, 2, 49 pr. ‚Atilicinus Nerua Sabinus'; D. 44, 4, 4, 8 ‚extat Neruae et Atilicini sententia dicentium'; D. 48, 2, 17 ‚Atilicinus Sabinus Cassius aiunt'.

Die Hauptquelle für die klassischen Juristen wird die Sammlung des Plautius geblieben sein. Sie stand in der besten Zeit der römischen Jurisprudenz im grossen Ansehen und wurde von Neratius, Javolenus, Pomponius und Paulus bearbeitet und kommentirt.

Bei Paulus findet sich, wie gesagt, Atilicinus auch in andren Werken erwähnt. Ob dies mit seinen plautianischen Studien zusammenhängt, mag hier dahingestellt bleiben;[2]) es

---

aber jetzt nicht mehr an, wie ich es früher gethan habe (Storia delle Fonti p. 67—68), dass Cassius über Urseius geschrieben habe. Es handelt sich vielmehr um Responsen des Cassius [vgl. D. 7, 4, 10, 5], die Urseius angeführt hat. So müssen wir den Urseius in die trajanische Zeit setzen.

[1]) Pernice, Ulpian als Schriftsteller S. 29. — [2]) Paulus' Bücher ad Plautium, ad Edictum, ad Sabinum gehören sämmtlich zur ersten Periode seines literarischen Lebens. Eine relative Chronologie dieser

scheint aber vielmehr, als ob er solche Citationen seinen Mustern verdanke. Vielleicht selbst die Citation aus Neratius' libri ad Pl. D. 3, 4, 27 pr. ist aus Pomponius entnommen, der hier die Quelle und das Muster des Paulus ist. Fast gewiss ist aber die Citation in D. 25, 2, 6 pr. aus Pomponius geschöpft, wo das enge Verhältniss zwischen dem 7. Buche des Paulus und dem 16. Buche des Pomponius ad Sabinum selbst aus der Reihe der Fragmente sich ergiebt.

Niemand, der sich mit Ulpian's Fragmenten kritisch beschäftigt hat, und der die jüngst erschienenen Untersuchungen von Pernice kennt, wird daran zweifeln, dass er Atilicinus nicht direkt benutzt hat. Schwerlich hat er auch nur die Sammlung des Plautius gebraucht; durchstudiert hat er sie gewiss nicht. Es sieht so aus, als ob er die Citationen seinen Mustern entlehnt habe; und hier und da scheint er sich auf die Schulüberlieferung zu berufen, z. B. D. 20, 6, 6, 2 und wohl auch D. 25, 7, 1, 1.[1]) Es kann sonst nicht Zufall sein, wenn eben dort Atilicinus angeführt wird, wo das Abschreiben offenbar ist, z. B. D. 2, 11, 4, 4 [Julian] 4, 8, 21, 9 [Julian oder Pomponius] 15, 1, 27 [Julian] u. s. w.

Fassen wir unsere Ergebnisse zusammen, so werden wir folgende Sätze als ziemlich sicher betrachten können:

1. Das Originalwerk des Atilicinus (höchst wahrscheinlich eine Responsensammlung) scheint nach der trajanischen Zeit in Vergessenheit gerathen zu sein.

2. Ein grosser Theil solcher Responsen wurde aber in den Responsensammlungen der trajanischen Zeit bewahrt. Man kann beweisen, dass es solche Responsen in der Sammlung des Urseius und noch zahlreicher in der Sammlung des Plautius gab.

Werke zu fixiren ist leider bisher nicht gelungen. Vgl. Fitting, Alter der Schriften S. 44. 46.

[1]) Die Citation in D. 10, 6, 6, 4 ist aber, wie gesagt, der Sammlung des Urseius (nach Julian's Ausgabe) entnommen. In D. 8, 3, 5, 1 ist die Citation wahrscheinlich direkt aus Neratius libri ad Pl. entlehnt. Es ist ja bekannt, wie im 17. Buche ad Edictum Ulpian die Membranae des Neratius vielfach benutzt hat [z. B. D. 8, 3, 3 vgl. Pernice, Ulpian S. 25]. Er mag leicht genöthigt gewesen sein den Kommentar desselben Juristen zum Plautius zu vergleichen.

3. Durch diese Sammlungen sind die Responsen des Atilicinus den Juristen der hadrianisch-antoninischen Zeit bekannt geworden. Bei den späteren klassischen Juristen sind die Citationen des Atilicinus gewöhnlich den früheren entlehnt.

Es lässt sich kein Grund anführen, der berechtigte, den Atilicinus einer der beiden Juristenschulen zuzuzählen. Der Schluss ist ganz negativ; es lässt sich nehmlich keine charakteristische Meinung wahrnehmen. Man könnte vielleicht vermuthen, Atilicinus sei ein Sabinianer gewesen, da seine Responsen auch bei Urseius sich finden, der hauptsächlich auf die Sabinianer Rücksicht genommen hat,[1] und da sehr häufig Atilicinus neben Sabinus und Cassius angeführt wird. Der erste Grund ist aber kein sicherer: Urseius hat wohl auch Responsen der Proculianer (insbesondere des Proculus selbst) aufgenommen; der zweite kann auch sehr wenig beweisen: sehr oft wird Atilicinus neben Proculus oder neben Nerua erwähnt. Dazu kommt, dass Pomponius ihn unter den Anhängern der beiden Schulen nicht nennt. So schweigt Pomponius auch von Sextus Pedius, Fabius Mela,[2] Titius Aristo u. A. m., die keiner Schule angehört zu haben scheinen.

Diese Reihe ausgezeichneter Juristen, die ihren eigenen Weg gegangen sind, war es eben, die zur Entwickelung des römischen Privatrechts recht viel beitrug und die sehr wahrscheinlich das Emporblühen der römischen Rechtswissenschaft durch Salvius Julianus am meisten vorbereitet hat. Julian selbst war nur nominell ein Sabinianer, indem er aus einer sabinianischen statio hervorging.[3]

Dass Atilicinus ein sehr unabhängiger Jurist gewesen, ergiebt sich aus seiner Aeusserung, die noch in den Inst. 2, 14 pr. bewahrt worden ist. Er meinte, dass die Erbeseinsetzung des eigenen Sklaven die Manumission desselben in sich schlösse. Diese freie Auslegung einer letztwilligen Verfügung ist für jene Zeit sehr beachtenswerth; sie erschien nicht nur den Zeitgenossen, sondern auch den folgenden Juristen zu kühn,

---

[1]) Vgl. Voigt a. a. O. — [2]) Dass Mela ein Proculianer gewesen, ist gewiss ohne hinreichenden Grund behauptet worden. Vgl. Rudorff, Röm. R.-Gesch. I, 179 und dazu Ferrini in den Rendiconti Istituto Lombardo 18, 871. — [3]) Vgl. unsere Storia delle Fonti p. 73.

und hat erst unter Justinian allgemeine Geltung erlangt. Hieher gehört auch die Notiz in den Vat. fr. § 77. Während es allgemeiner Satz war, dass der Niessbrauch auch demjenigen anwächst, der seinen Theil bereits verloren hat „quia ususfructus cottidie constituitur et legatur", hat dagegen nur Atilicinus Einspruch erhoben, indem er meinte, dass ein Vermächtniss des Niessbrauches ganz wie ein Eigenthumsvermächtniss zu behandeln sei.[1])

Seine Responsen zeigen überhaupt eine besondere Rücksicht auf die Erfordernisse der aequitas. Man vgl. D. 2, 14, 27 pr.; 11, 7, 28; 13, 7, 6 pr. u. s. w. Aus Stellen, wie z. B. D. 8, 3, 5, 1 geht hervor, wieviel er dazu beigetragen hat, einige Grundsätze des Privatrechts festzustellen. — Sein Scharfsinn wird durch eine Stelle bewiesen, die neuerdings von Wächter[2]) richtig ausgelegt worden ist: D. 47, 10, 11, 6:

> Atilicinus autem ait: et si persuaserim alicui alias nolenti, ut mihi ad iniuriam faciendam oboediret, posse iniuriarum mecum agi.

„Alias nolenti" sagt der Jurist; hätte der Andre auch sonst das Verbrechen begangen, da läge hier nur ein Versuch ohne Erfolg vor, der nach der Lehre der klassischen Juristen ungestraft bleiben soll.

Leider sind aber die Notizen allzu sparsam, um über diesen hervorragenden Mann etwas genaueres sagen zu können. Wäre es uns gelungen ein wenig Licht auf ihn zu werfen, so wäre unsere Mühe hinreichend belohnt.

---

[1]) Ob er den Satz, dass der Niessbrauch als pars dominii zu betrachten ist, streng verstanden wissen wollte? Vgl. Stephanos im Suppl. Basil. p. 63 [sch. 6]. — [2]) Vorlesungen über das gem. deutsche Strafr. S. 203 f.

VI.

Amoenitates iuris.

Von

Alfred Pernice.

I.

Das folgende Bruchstück steht auf einem 1882 in Vercelli gefundenen Bronzetäfelchen, das an den Rändern ringsherum abgebrochen ist (0,14 hoch, 0,11 breit). Die Inschrift stammt vielleicht noch aus augustischer Zeit. Sie ist zuerst herausgegeben worden von Mommsen im *Bulletino dell' Instituto di corrispondenza archeologica* 1882, p. 186, dann von Kiessling *index schol. Gryph.* 1884/85, p. IV. Danach wiederhole ich den auch für die Rechtsgeschichte nicht unwichtigen Scherz, da die Inschrift anscheinend nicht allgemein bekannt ist.

[lex] Tappula
...... ius Tapponis f. Tappo cis[tella
posita ad e]dicta conlegarum eoru[m ad
quos e. r. p.] M. Multiuori P. Properoci....
5 ...... Me]ronis plebem Romanam [iure
rogauit pl]ebesque Romana iure sciu[it....
... in ae]de Herculis a. d. XI. K. unde[cembres
primus pro trib]u Satureia principi[o sciuit
...... Ta]pponis f. pane repeti[to.
10 .... e qui quaeue....

I. Der Witz, die Satzungen eines Gelages in Form eines Volksgesetzes zusammenzufassen, ist in Rom alt. Festus p. 363 berichtet: *Tappulam legem conuiualem ficto nomine conscripsit iocoso carmine Valerius Valentinus, cuius m[eminit] Lucilius hoc modo: Tappulam rident legem concere opimi* (? congerrae Opimi? Bücheler). Dieser Valerius lebte um die Mitte des 7. Jahrh. der Stadt; er klagte etwa 667/87 den C. Cosconius ohne Erfolg nach der lex Servilia wegen Erpressung an (Val. Max. 8, 1. 8; Bücheler *index schol. Bonn. aest.* 1877 p. 5 sqq.).

Schwerlich hat er die *lex conuiualis* erfunden, von der unsere Inschrift den Eingang bildet. Vielmehr scheint er nach Büchelers Ausführung dabei griechische Vorbilder nachgeahmt zu haben, d. h., wie unser Bruchstück zeigt, es ist ein griechischer Einfall in römische Form gegossen. Die griechischen *νόμοι συμποτικοί* waren als Parodien der gleichnamigen Vorschriften der Philosophen gemeint: Xenophanes und Aristoteles hatten solche für ihre Schüler gegeben zur Aufrechterhaltung der guten Zucht und Beförderung eines ehrsamen Gespräches bei gemeinschaftlichen Mahlzeiten (Athenaeus 1, 5 extr. p. 3f.; 5, 2 p. 186b). Und so erliess die Hetäre Gnathäna *κατὰ ζῆλον τῶν τὰ τοιαῦτα συνταξαμένων φιλοσόφων* ein solches „Gesetz" für ihre und ihrer Tochter Besucher (Athenaeus 13, 48 p. 585b). Unser „Gesetz" aber ist schwerlich in gleicher Weise gedacht. Es parodiert offensichtlich die Formen der römischen Volksgesetzgebung. Den Anlass gaben wol die Aufwandsgesetze, unter denen sich auch mehrere Ess- und Trinkgesetze befinden, die Lucilius und andere, ähnlich wie Plautus die leges alearia und Plaetoria, mit leichtem Spotte streifen (Gellius 2, 24. 4 sqq.).

II. Der Name des Gesetzes rührt vom Antragsteller her. Das ist staatsrechtliches Herkommen. Und darauf weist Festus' *ficto nomine* hin; unmöglich kann damit gesagt sein sollen: „mit erfundener Ueberschrift", nach Analogie von lex annalis, was ja auch geradezu unrichtig wäre. Freilich ist die Bezeichnung nicht vom nomen gentilicium gebildet (denn das vor *Tapponis f.* verloren gegangene Nomen kann nicht *Tappulus* gelautet haben); es ist eine freiere Verwendung des Cognomen. Kiessling (p. V) deutet die Ueberschrift als „Schalksgesetz": er verweist darauf, dass *tappo* als Appellativ einen Narren bezeichne (Catull 104, 4: *sed tu cum tappone omnia monstra facis,* wo man das Wort bisher als Eigennamen fasste). In der That wäre das Ganze ohne Salz, wenn das Cognomen *Tappo* (CIL. 1, 1458; Livius 35, 10, 11 mit Weissenborns Anm.) oder *Tappulus* (Liv. 31, 49. 12) nicht einen ähnlichen Sinn gehabt hätte.

III. Die Einleitung zur lex schliesst sich im allgemeinen an die Formen der römischen Volksgesetze an. Indessen

finden sich allerlei Abweichungen, die schwerlich ebenso in wirklichen Gesetzen vorkommen.

1. Das Gesetz ist als lex tribunicia gedacht; das ergeben die Wendungen: *plebem iure rogauit; plebes iure sciuit* (l. Ant. de Term. bei Bruns p. 85 und die Beispiele bei Brisson *de form.* II, 18 p. 139), im Gegensatze zum *populum rogare* bei Consulargesetzen. Es wird bloss éin Antragsteller genannt, und dieser bringt den Vorschlag ans Volk: *ad edicta conlegarum.* Diese Ergänzung Mommsens scheint sicher. Aber freilich ist die Wendung ganz ungebräuchlich. *De conlegii sententia* findet sich für einen solchen Fall (lex Visellia: CIL. 1, 593); *de conlegae sententia* bei einem Consulargesetz (Cicero *in Pis.* 35).

2. Auch die Ergänzung Mommsens *cistella posita* enthält eine Abweichung vom gewöhnlichen Sprachgebrauche, deren Grund nicht abzusehen ist; Mommsen lässt ihre Richtigkeit dahin gestellt. *Sitellam* (nicht *cistellam*) *deferre* von Eröffnung der Tribus-Versammlung ist amtlicher Ausdruck (Ascon. *in Corn.* p. 70); aber der Gesetzessprache gehört auch diese Wendung nicht an (Wunder *uariae lectiones* p. CLVIII sqq.).

3. Endlich ist die Art, wie am Schlusse die vorstimmende Tribus und der zuerst Abstimmende angegeben werden, dem sonst üblichen: *principium fuit . . . pro tribu primus sciuit* nicht entsprechend: hier sind die beiden Sätze in einen zusammengezogen. Vielleicht liegt der Grund dieser Umstellung in den rätselhaften Schlussworten: *pane repetito.* Mommsen (S. 189) sagt, er kenne keine Wendung der Gesetzessprache, welche darin parodiert sein könnte. So scheinen die Worte freie Zutat. Wie, wenn gesagt sein sollte: Tappos Sohn mit dem uns leider verlorenen glückverheissenden Namen habe sich erst gegen Zusicherung „guter Verköstigung“ zum Vorstimmen im „Sattengaue“ herbeigelassen? Vielleicht ist auch die Meinung, dass überhaupt nur die tribus Satureia stimmt.

IV. Als Ort der Versammlung wird der Tempel des Hercules bezeichnet. Mommsen ergänzt: *Vercellis in aede H.* Allein Kiessling bemerkt mit Recht, dass man hier irgend eine Schlaraffenstadt erwarte, eine erfundene, wie Perbibesia oder Peredia (Plaut. *curc.* 444; Festus p. 214) oder eine wirk-

liche, wie Placentia (Plautus *capt.* 158). Der Tempel als Versammlungsort für das Volk ist natürlich undenkbar; aber der Tempel des Fressgottes Hercules war für den Beschluss über ein Gelage durchaus geeignet. Die Ergänzung des Datums *a. d. XI. K. undecembres* ist eine schöne Vermutung Kiesslings. Mommsen las *undecimas,* was eine ganz ungewöhnliche Datierung wäre. Der grausame Scherz des gallischen Steuerdirectors Licinius wird ins Harmlose gezogen: *ἐς τοσοῦτόν γε κακοτροπίας ἐχώρησεν, ὥστε ἐπειδή τινες ἐσφοραὶ κατὰ μῆνα παρ' αὐτοῖς ἐγίγνοντο τεσσαρασκαίδεκα αὐτοὺς ποιῆσαι, λέγων τὸν μῆνα ὕστατον τὸν Δεκέμβριον καλούμενον δέκατον ὄντως εἶναι καὶ δεῖν διὰ τοῦτο αὐτοὺς καὶ τοὺς δύο τοὺς λοιποὺς (ὧν τὸν μὲν Ἑνδεκέμβριον, τὸν δὲ Δωδεκέμβριον ὠνόμαζε) νομίζειν καὶ τὰ χρήματα τὰ ἐπιβάλλοντα αὐτοῖς ἐσφέρειν* (Dio Cassius 54, 21, nach Bekkers Lesung). Danach wäre denn das Datum der Versammlung der 22. December. Ob auch dahinter ein Spass steckt? Der Tag ist, wie sich gebürt, comitial; er ist aber zugleich der Vortag der Larentalien. War etwa die Gasterei für diesen Festtag der Freundin des Hercules geplant, der zugleich der letzte Tag der Saturnalien ist? Im testamentum porcelli ist das Datum ganz phantastisch: *sub die XVI. Kal. lucerninas.*

V. Die Namen der beteiligten Personen sind natürlich mit Beziehung erfunden, genau wie im testamentum porcelli. Marcus Vielschling gibt die Gewähr, dass Mommsen den dritten Collegen richtig zu Mero (Weinert) ergänzt hat; ob ihm auch noch die Namen L. Vinius gebüren, mag dahin gestellt bleiben. P. Properocius wird von Mommsen als *cammina-presto* (eigentlich: Eilebald) gedeutet: ich sollte meinen, dabei müsste das Ziel der Fahrt genannt werden. Sollte vielleicht die *pera,* der Bettelranzen, dabei mitspielen? Hunger gehört am Ende auch zum Essen.

VI. Gern erführen wir etwas über den Inhalt des Gesetzes, und namentlich über die Form der einzelnen Vorschriften. Aber die auf Zeile 10 erhaltenen Wörter *qui quaeue* ergeben höchstens, dass das weibliche Geschlecht bei Tafel vertreten war, und dass auch hier die Sprache der Volksgesetze nachgeahmt wurde. Der Eingang zeigt, dass es sich um eine komische Gelageordnung, für éin Zweckessen

oder die sämtlichen Gastmähler einer Bruderschaft handelt. Deshalb glaube ich nicht, dass man mit Bücheler (p. 7) die Erzählung des Val. Max. 8, 1. 8 vom Cosconius hierher ziehen darf: *recitatum in iudicio carmen* (Valerii Valentini), *in quo puerum praetextatum et ingenuam uirginem a se corruptam poetico ioco significauerat.* Das muss ein anderer Scherz des Valerius gewesen sein: denn die Angabe lässt sich weder nach Form noch nach Inhalt mit einem Gesetze, wie es uns vorliegt, vereinbaren.

VII. Keinen Ersatz für das Verlorene gewährt die lex conuiualis, die sich am Schlusse der Handschriften des Querolus findet. Sie gehört, wie das testamentum porcelli (bei Büchelers Petron ed. min.[2] p. 231) erst etwa ins 4. Jahrh. Für Liebhaber des „Scherzes in der Jurisprudenz" setze ich den Wortlaut hierher nach den Ausgaben von Peiper (Aulularia seu Querolus (1875) p. 49 sq.) und Bücheler p. 10 sq.

1 .... mercedem uulnerum uictus accipiat. parasitus in conuiuio si fuerit ueste discissus, a rege conuiuii duplam mercedem reparationis accipiat. de liuoribus in quadrantem solidi unius, de tumoribus in trientem poena transibit.
5 quodsi et tumor fuerit et liuor, solidi unius bessem iure optimo consequetur. unam uero unciam aposiae [hoc est excoctionis] contemplatione concedimus. placuit autem, ut etiam de plagis et uulneribus infixis summo*to* strepitu criminali amicorum praestetur inspectio, ita ut dodran-
10 tem solidi nec inspicientum gratia nec largientis excedat humanitas. in loxu autem et ossibus loco motis usque ad deuncem solidi iniuriarum commodum placuit extendi. *item* porro de ossibus fractis placuit conuenitque, ut in minutalibus solidus, in principalibus uero ossibus argenti
15 libra protenus traderetur. quae autem uel principalia uideri ossa debeant uel minuta, medicorum tractatus inueniat. si autem parasitus amplius quam praefinitum est postularit, plus petiti periculo stranguletur. rex conuiuii iniuriarum merita etiam uoluntariis decertationibus cogatur

---

[1] uictus Cod.; ictus? (Gronov). [6] hoc est excoctionis del. Daniel; [7] contemplationi Vat.; contemplationis all.; contemplatione Daniel. [8] summo Cod. [9] criminari Cod.; criminali Daniel. [13] iam Codd.; item Bücheler.

20 exsoluere, ita ut praemium criminosi ⟨in⟩ mercedem transeat uulnerati. in tantum autem parasitis consuli iura uoluerunt, ut si uulneribus adflictus contestata lite defecerit, heredibus eius paterni laboris ac meriti praemia non negentur. quodsi parasitus quamuis tractatus incommode,
25 tamen de malis suis intestatus occiderit, heres agere non poterit. qui causas mortis non reddiderit, insepultus abiciatur. et haec omnia sic constituimus quasi in *cum* hominum liberorum et aequalium lasciuiens turba desaeuiat. nam si a patrono uel seruo patroni parasitus con-
30 tra leges pertulerit iniuriam, habebit fugiendi liberam potestatem.

Viel juristische Ausbeute gewährt das Machwerk, soweit ich urteilen kann, nicht. Bücheler hält den Verfasser für einen gebildeten Juristen, jedesfalls kenne er die Gerichtssprache des theodosischen Zeitalters genau. Dies scheint mir doch nicht ohne Einschränkung zuzutreffen.

In der Form schliesst sich das „Gesetz“ am nächsten den leges collegiorum an; es zeigt sogar im Inhalte eine gewisse Aehnlichkeit mit den Satzungen der Begräbnisvereine, wie des lanuvischen (Bruns *fontes* p. 246; vgl. auch Ephem. epigr. 5, n. 498, p. 334). Hier wie dort kehrt das *placuit* bei den einzelnen Vorschriften wieder; und in das lanuvische Statut sind gar Verbote des Plätzewechselns und des Schimpfens bei Tische eingeschaltet mit der Bestimmung wie hier (Z. 7), dass Zwistigkeiten unter den Genossen ausgetragen werden sollen (Z. 11. 24). Unmöglich wäre es daher nicht, dass gerade solche Vereinsstatuten den Anlass zu der Parodie gegeben hätten. Der Witz bestünde dann auch in der Verwechslung des hier *rex* genannten *magister bibendi* mit dem *magister cenae* der Sodalicien (Mommsen *de collegiis* p. 108 sqq.).

Der Verfasser spielt mit einigen Rechtsinstituten, wie plus petitio, litis contestatio, intestatum occidere: ihre Bedeutung scheint er allerdings zu kennen. Nur beim letzten darf man zweifelhaft sein. Die Worte (Z. 25) sollen doch wol heissen, wenn der Parasit stirbt, ohne von seiner Beschwernis Zeugnis abgelegt zu haben. Ob der Verfasser die Zweideutig-

---

[20] in *om.* Cod. [27] inter Codd.; in eum Bücheler.

keit beabsichtigte, ist immerhin fraglich. Dagegen ist seine Ausdrucksweise nicht der Gesetzes- und Juristensprache nachgebildet. Nur *strepitus criminalis* als geringschätzende Bezeichnung für den Strafprocess lässt sich in Kaisergesetzen ähnlich nachweisen (Constantin c. 2 pr. C. Th. ad l. Corn. de fals. 9, 19; c. 1 C. Th. de abolit. 9, 37; Valentinian I. c. 8 C. Th. de accus. 9, 1). *Poena transibit* (Z. 4) und *perferre iniuriam* (Z. 30) sind, soviel ich sehe, ganz unjuristisch. *Aposiae contemplatione concedimus* soll allem Anscheine nach bedeuten „mit Rücksicht auf die Trinkunfähigkeit gestehen wir zu" (vom Brotbacken kann nicht gut die Rede sein). In dieser Verwendung findet sich aber das Wort *contemplatio* bei den Juristen m. W. nicht; selbst die spätesten würden *aposiae nomine* sagen. Und als bloss juristischen Ausdruck überhaupt wird man das Wort doch schwerlich ansehen wollen, wenn es auch bei Juristen und in Gesetzen besonders häufig ist. Ebenso ist *inspectio* für Untersuchung statt *cognitio* oder *inquisitio* ganz ungewöhnlich; an die blosse Besichtigung der Wunden ist offenbar nicht gedacht. Auch für *strangulare* in dem hier ihm untergelegten Sinne weiss ich kein Beispiel: c. 2 C. Th. de pet. 10, 10 ist das Bild streng durchgeführt, und c. 1 C. Th. de praed. et manc. 12, 3 gehört nicht hierher.

Die Hauptsache ist der Tarif für die blauen Flecke und die Beulen des unseligen Schmarotzers, die feine Unterscheidung von „Hauptknochen" und „geringen Knochen" und die als ganz selbstverständlich auftretende Bestimmung, dass die Bussen nicht, wie nach der lanuviner Tafel, in die Genossenschaftskasse, sondern an den Geprügelten erlegt werden. Da wir unmöglich eine Travestie der zwölf Tafeln annehmen dürfen, sind diese Sätze völlig unrömisch. Es eröffnet sich damit die Fernsicht auf germanischen Einfluss, zu dem nur die geringe Entschädigung für die „Aposie" nicht stimmen will.

II.

Eine Inschrift in Versen aus Maktaris (Hr. Makter) in der afrikanischen provincia Byzacena (Marquardt *Stvw.* I, 472) ist neuerdings von Johannes Schmidt (*Ephemeris epigr.* 5, p. 276) veröffentlicht; sie scheint mir auch für Juristen beachtenswert. Der Anfang ist verstümmelt: von den ersten

fünf Zeilen sind nur unlesbare Spuren, von den folgenden fünf nur unverständliche Buchstaben erhalten. So erfahren wir den Namen dessen nicht, der hier sein Leben mit behaglicher Naivetät erzählt.

5 et cum maturas segetes produxerat annus,
demessor calami tu[n]c ego primus eram.
falcifera cum turma uirum processerat aruis
seu Cirtae nomados seu Iouis arua petens,
demessor cunctos anteibam primus in aruis
10 pos tergus lincuens densa meum gremia.
bis senas messes rabido sub sole totondi,
ductor et ex opere postea factus eram.
undecim et turmas messorum duximus ann[is]
et Numidae campos nostra manus secuit.
15 hic labor et uita paruo cont[ent]a ualere
et dominum fecere domus et uilla paratast,
et nullis opibus indiget ipsa domus.
et nostra uita fructus percepit honorum,
inter conscribtos scribtus et ipse fui;
20 ordinis in templo delectus ab ordine sedi,
et de rusticulo censor et ipse fui.
et genui et uidi iuuenes creu[is]se nepotes.
uitae pro meritis claros transegimus annos,
quos nullo lingua crimine laesit atrox.
25 discite mortales sine crimine degere uitam!
sic meruit, uixit qui sine fraude, mori.

Der Glückliche, der in seinem ‚unanstössigen Leben' so gar nicht von ‚bösen Zungen' zu leiden hatte, begann seine Laufbahn als gewöhnlicher freier Feldarbeiter. Als solcher zog er mit einer grossen ‚Genossenschaft' *(turma)* zwölfmal zur Erntezeit den weiten Weg aus seiner Heimat nach Cirta (Constantine); die *arua Iouis* kennen wir nicht. Aber durch Betriebsamkeit und Arbeitseifer ‚in rasender Sonnenglut' bringt er es zum ‚Vorschnitter' *(ductor)*, und führt selbst eilf Jahre lang Erntegesellschaften nach Numidien. So gründet er sich eine angenehme Häuslichkeit und wird ‚aus einem Bäuerlein' Grossvater und Gemeinderat.

Diese Lebensbeschreibung bestätigt Zug für Zug meine früher geäusserte Vermutung (Zschr. f. R.-G., N. F. 3, 50 f.)

über die römische ‚Erntegenossenschaft' und ihre Analogie zu den heutigen Arbeitergesellschaften der Warthebrücher und der Lippischen Ziegler. Freie Arbeiter vereinigen sich alljährlich zu ‚Schwadronen', d. h. zu Gesellschaften unter einem Führer, der nicht ein grosser Unternehmer ist, sondern an Bildung und Kapital nur wenig über ihnen steht. Ueber die Rechtsverhältnisse freilich, in denen die Arbeiter zu einander und zu ihrem Führer standen, erfahren wir nichts.

Verschieden von diesen Gemeinschaften scheinen die Gesellschaften zur Ackerbestellung zu sein, wie sie z. B. ‚alljährlich von Umbrien nach der Sabina zu ziehen pflegen'. Die Beschäftigung hiess wol *politio* (agri), der Vorsteher *politor*. Er ist eine höhere Art von Gehilfen, ein ‚Künstler' in seiner Art, wie der Viehmäster. Zu so einem Manne machte der hauptstädtische Klatsch den Vater Vespasians, wie den des Vitellius zum Cognitor und Sector (Sueton *Vit.* 2). So erzählt Sueton *Vesp.* 1: *non negauerim iactatum a quibusdam Petronis patrem e regione Transpadana fuisse mancipem operarum, quae ex Umbria in Sabinos ad culturam agrorum quotannis commeare soleant.* Es handelte sich dabei wol vorzugsweise um die zahlreichen dortigen Wein- und Oelpflanzungen (Strabon 5, 3 p. 228: *ἅπασα δ' αὐτῶν* (Sabinorum) *ἡ γῆ διαφερόντως ἐλαιόφυτός ἐστι καὶ ἀμπελόφυτος, βάλανόν τ' ἐκφέρει πολλήν*). Diese Eigentümlichkeit der *politio* habe ich früher (a. a. O. S. 58 f.) sowol gegenüber der herschenden Ansicht, die darin eine *colonia partiaria* sieht (z. B. Marquardt *Privatalt.* 1, 143 [48]), als gegen die Meinung, welche sie mit der Erntegenossenschaft verselbigt (Mommsen *Röm. Geschichte* I [6], 842 A., 845 f.), zu verteidigen gesucht. Damit glaubte ich auch die Tatsache zusammenbringen zu können, dass der Vertrag des *politor* mit dem Grundeigentümer als Societät aufgefasst wird (fr. 52 § 2 p. soc. 17, 2).

Gegen diese Anschauung hat sich neuerdings Waaser *d. colonia partiaria* (1885) erklärt. Er führt in dieser Schrift scharfsinnig und energisch die m. E. unhaltbare Meinung durch, dass die Teilpacht im röm. Rechte ein Gesellschaftsverhältnis sei. Da ist es ihm begreiflich von besonderer Wichtigkeit, die *politio* des fr. 52 c. als *colonia partiaria* sich zu retten. Waaser hat meine Ansicht merkwürdig misver-

standen (S. 59, 71); er sagt, ich bezeichne den *politor* als einen ‚künstlerischen', virtuosen Colonen, und eben diese Virtuosität bilde den einzigen Unterschied vom Teilpächter. Aber der alljährlich angenommene ‚Bestellungskünstler', den ich mit dem *mensor* vergleiche und mit dem Ernteunternehmer zusammenstelle, kann natürlich kein Colon irgendwelcher Art sein. Mein Hauptargument dafür, was W. ganz beiseite lässt, ist, dass das 8. oder 5. Korn für den Pächter zum Leben nicht genügt, für den Erntearbeiter als Lohn zu viel ist (vgl. Gesner zu Cato *de RR.* 136). Dass *polire agrum* ein Kunstausdruck für eine besonders feine Herrichtung des Ackers, dass es mehr als blosses *colere* (bestellen) sei, bezeugt Nonius p. 66, 27 mit mehreren gut gewählten Beispielen[1]); Verrius Flaccus (Festus p. 234) spricht von *politiones segetum,* also nicht von der Ernte. Wenn hiernach bei Cato (*de RR.* 136) von *politio* mit Beziehung auf Ackerstücke, und bei Celsus von *agrum dare politori quaerendis fructibus* die Rede ist, so streitet, denke ich, die Vermutung dafür, dass überall dasselbe hat bezeichnet werden sollen; Celsus war der Mann dazu, alte Ausdrücke festzuhalten oder wiederzubeleben. Dennoch sagt W. (S. 74), es habe *politores* ‚von den verschiedensten Schattierungen' gegeben; der Ausdruck bezeichne keinen ‚festen unbeweglichen Begriff, am allerwenigsten einen rechtlichen'. Nach seiner Meinung kann der *politor* auch ein Tagelöhner sein, der einen Geldlohn erhält (S. 73). Einen solchen findet er in der heillosen Stelle Cato *de RR.* 5, 4: *operarium, mercennarium, politorem diutius eundem ne habeat die.* Ich

---

[1]) Politiones *agrorum cultus* diligentes, ut polita omnia dicimus exculta et ad nitorem deducta. Ennius Saturarum l. III: testes sunt lati campi quos gerit Africa terra politas; idem annali l. VIIII: rastras dentifabres capsit causa poliendi agri; Varro: quid mirum? ex agri depolitionibus eiciuntur, hic in cenaculo polito recipiuntur, vgl. Fest. *ep.* p. 71, 20: depolitum perfectum, quia omnes perfectiones antiqui politiones appellabant. Dabei könnte entweder die gewöhnliche, aber eine besonders zierliche Bestellung gemeint sein, etwa nach Bräsigs berühmtem Ausspruche: ‚ein ordentlich afmest't Land muss wie 'ne Decke von Sanft aussehen'; oder man mag sich eine eigentümliche Art der Kultur vorstellen, wie das Drillen der Sat, das anscheinend dem Altertume bekannt war, und das dazu gehörige Behacken der Früchte (sarritio, runcatio: Plinius *NH.* 18, 50. 184; Columella 2, 12).

habe diese Vorschrift für den Vilicus auf einen täglichen Wechsel der Arbeiter gedeutet, und offen bekannt, dass ich sie nicht verstehe: ich wiederhole dies Bekenntnis auch nach Waasers Aufklärung. Er hält eine andere Auslegung für ‚notwendig' (S. 72 fg.): der Arbeiter soll nicht über den bestimmten Termin hinaus belassen werden: *die* für *die dicta*. Diese Auslegung stellt schon Gesner zur Auswahl neben jene andere. Nach meinem Sprachgefühle ist sie verfehlt und vor allem mit dem *eundem* völlig unvereinbar[1]). Und einen wirtschaftlichen Sinn hat eine so absolut ausgesprochene Regel, den Arbeiter zum Termine ziehen zu lassen, ganz und gar nicht. Allein die Hauptsache ist die Verbindung des *politor* mit den unzweifelhaft untergeordneten Arbeitern; er müsse also, meint W., auch so einer sein. Dieser Schluss ist einer so unklaren Stelle gegenüber nach meinem Dafürhalten recht gewagt, da er durch gar nichts sonst in den Quellen unterstützt wird.

Dass die *politio* eine Form der Societät ist, erfahren wir aus Cato nicht, sondern nur durch Celsus. Der *politor* heisst auch nirgends *partiarius*. ‚Partiarische Geschäfte' kommen noch zwei bei Cato vor: der Vertrag mit dem Kalkbrenner (c. 16) und mit dem Weinbergbesorger (c. 137). Ich habe vorsichtig dahin gestellt sein lassen (S. 60 A. 2), ob auch diese Geschäfte als Gesellschaft oder als Verdingung anzusehen seien; denn in unseren Rechtsbüchern sind solche Verträge nicht erwähnt, und aus Cato ist nichts zu schliessen. Bekker (Zschr. f. R.-G. 3, 241 f.) hatte die drei Geschäfte gleich und zwar als Verdingungen aufgefasst; Waaser (S. 77) betrachtet sie ebenfalls als gleichartig, aber als Societäten. Da ich die Möglichkeit dieser Construktion zugebe, so fragt er, ob der

---

[1]) So sagt Cicero *ad Att.* 7, 3. 1: *ne diutius anno in prouincia essem* (worauf mich Hiller freundlichst hingewiesen hat). Eine andere Möglichkeit wäre, die Vorschrift als Warnung vor Ueberanstrengung der Lohnarbeiter aufzufassen: es sollen Tagesschichten gemacht, oder es soll nur am Tage (die = interdiu), nicht in die Nacht hinein gearbeitet werden. Brünneck macht für diese Erklärung aufmerksam auf Stat. Panharm. 68 (*Sicilische Stadtrechte* S. 50 f.): messores, putatores et zappatores et caeteri operarii constituta eis mercede . . . stabunt in servitiis patronorum . . . quolibet die ab ortu solis usque ad occasum eiusdem.

Kalkbrenner wol mit dem Grundbesitzer ‚wirtschaftlich und social auf einer Stufe stehe‘ (S. 69). Eine solche Torheit habe ich vom *politor* natürlich nie behauptet. Der Kalkbrenner kann schliesslich wie er als Techniker erscheinen. Nur darauf möchte ich noch hinweisen, dass c. 16 der Marcianus und Parisinus übereinstimmend lesen: *calcem partiario locandam* (statt coquendam) *qui dant*, in c. 137: *uineam redemptori partiario.* Zu erwägen wäre diese Hinneigung zur *operis locatio* doch am Ende.

Auch das ist nicht ausgeschlossen, wie ich schon früher angedeutet habe (S. 58), dass die *politio* selbst gegen bar und damit als Verdingungsvertrag eingegangen wurde. Denn allerdings steht der Unternehmer anders zum Verdinger als der Mieter und Pächter zum Grundherrn. Dass Inquilin und Colon dem Grundbesitzer gegenüber eine untergeordnete, ja abhängige rechtliche und sociale Stellung haben, wird man nicht läugnen können; dass der Teilpächter nicht anders als der Geldpächter behandelt wird, zeigt Plinius (a. a. O. S. 53), der zur *colonia partiaria* greift, weil er keinen gewöhnlichen Pächter finden kann. Mit allgemeinen Betrachtungen, wie Waaser (S. 69 f.) sie anstellt, ist dagegen nichts auszurichten. Der redemptor aber ist entweder ein Kapitalist oder ein Techniker (artifex). Die Römer sind mit dem letzteren Prädikate freigebig gewesen: der Walker, der Schneider, der Viehmäster, der Koch, der Weber gelten als artifices (fr. 5 pr. naut. caup.; fr. 9 § 5 loc.; fr. 61; fr. 65 § 1 sq. de leg. 3), so gut wie der Baumeister und der Schulmeister (fr. 71 p. soc.). In diese gemischte Gesellschaft (fr. 31 de sol.) würde der *politor* passen, und auch der Kalkbrenner fände darunter einen geeigneten Platz. Aber Cicero nimmt sogar keinen Anstand die Krotoniaten den Zeuxis ‚mieten‘ zu lassen (*de inu.* 2, 1). Das *opus locatum* beschränkt sich nicht auf *operae liberales.*

III.

C. 2 de ped. iud. 3, 3 (Diocletian u. Maxim. a. 294) sagt:

Placet nobis praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant, notionis suae examen adhibere, ita tamen, ut si uel propter occupationes publicas uel propter causarum multitudinem omnia huiusmodi negotia non potuerint cognoscere, iudices dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi conuenit, ut in his etiam causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi iudicis licentia eis permissa credatur. Quod usque adeo in praesidum cognitione retinendum est, ut eorum iudicia non deminuta uideantur; dum tamen et de ingenuitate, super qua poterant etiam ante cognoscere, et de libertinitate praesides ipsi diiudicent.

Die herschende Meinung sieht in diesem Gesetze ein wichtiges Reformgesetz Diocletians. Es soll dadurch die *iudicis datio* des Ordinarverfahrens abgeschafft worden sein; das Geschworeneninstitut sei freilich schon vorher verfallen gewesen, so dass für eine Neubelebung „im Sinne des alten Rechtes alle Voraussetzungen fehlten"[1]). Unter den Neueren hat nur Rudorff eine andere Auslegung angedeutet[2]). Er hat damit, glaube ich, das Richtige getroffen[3]). Diocletian

---

[1]) Bethmann-Hollweg, Civilprocess 2, 781 f., 3, 116 f.; Wieding, Libellprocess S. 115 f.; Bekker, Aktionen 2, 224 f. Ich gestehe, dass ich mir von diesem „Verfalle des Geschworeneninstituts" keine Vorstellung machen kann. Es wäre nötig, die Sache etwas näher zu erläutern. Soll nur die Ausdehnung des Geschworenenverfahrens beschränkt, soll Berufung gegen Geschworenensprüche zugelassen worden sein? soll der Beamte sich angemasst haben, von der Einsetzung eines Richters nach freiem Belieben ganz abzusehen? — [2]) Rudorff, R. Rechtsgeschichte 2, 4 N. 3. — [3]) Kurz habe ich darauf in der Festgabe f. Beseler S. 78 hingewiesen: ich tue es hier ausführlicher, um die Frage zur Erörterung zu bringen. Unterdessen hat auch Ubbelohde bei Hartmann, ordo iud. 1, 602 f. die c. 2 im Zusammenhange mit seiner Auffassung der *iudicia extraordinaria* erläutert. Der *iudex priuatus* des alten Verfahrens und der *iudex datus* der Cognition werden verselbigt. Der *iudex pedaneus* ist der ‚Conventsrichter', d. h. der (alte)

will durch sein Gesetz der Lässigkeit der Statthalter entgegentreten. Diese dürfen nicht mehr die Streitsachen *(cognitiones)* an delegierte (Unter-)Richter *(iudices pedanei)* beliebig überlassen; sie sollen in der Regel selbst entscheiden. Unter allen Umständen müssen sie Processe über Freigeburt und Libertinität selbst verhandeln; sonst wird ihnen gestattet, bei Ueberhäufung mit Amtsgeschäften Unterrichter zu bestellen. Dieser Auffassung gegenüber scheint mir die bisher übliche weder mit dem Wortlaute des Gesetzes, noch mit der Entwickelung des Statsrechts und Gerichtsverfahrens vereinbar.

I. Ein tiefgreifendes Reformgesetz[1]) müste sich auf sämtliche Beamte mit Gerichtsbarkeit beziehen, welche Geschworene bestellen konnten. Unser Gesetz spricht aber nur von den *praesides prouinciarum* und ist an die Vicarien, ihre Vorgesetzten, gerichtet. Die herschende Meinung geht über diesen Punkt ziemlich leicht weg, nimmt wol auch geradezu die *praesides* im Sinne von *magistratus* überhaupt. Mich dünkt aber, der römische Stadtprätor, dem vor allem die *iudicis datio* zukam, wäre hier gar nicht zu umgehen gewesen; um so weniger, als es sich hier auch um Statusprocesse handelt, welche ihm die Diocletianische Statsordnung ausdrücklich zuweist[2]). Man muss danach annehmen, entweder dass dem Hauptträger des alten *ordo iudiciorum* die *iudicis datio* schon vorher entzogen worden war, oder dass zur Zeit des Erlasses unseres Gesetzes die Statthalter und die Präfekten, die nie mit Geschworenen entschieden haben, überall bereits

---

Geschworene, wenn er auch vielleicht nicht ganz dieselben Funktionen wie dieser hat (S. 523). Der Statthalter hatte freilich bis auf Diocletian die Befugnis ‚selbst zu cognoscieren' (S. 521), ja dies durfte ‚in Eilfällen' sogar der Prätor (S. 425). Der Kaiser aber konnte noch mehr: er bestellte die Partei zum Richter (*agere causam confestim apud se coegit* S. 435). Durch diese Ausführungen sollen die mühsam gelegten Grundlagen wieder beseitigt werden, auf denen wir weiter zu bauen hofften. Ich kann nur vorläufig erklären, dass sie mir in keinem wesentlichen Punkte erschüttert zu sein scheinen. Es wird sich Gelegenheit finden, dies Urteil zu rechtfertigen.

[1]) Die Stellen, welche Krüger als mit diesem Gesetze zusammengehörig bezeichnet *(iungendae uidentur)*: c. 1 de dil. 3, 11; c. 8 de exsec. rei iud. 7, 53; c. 6 de appell. 7, 62 gewähren für die Auslegung gar keinen Anhalt. — [2]) Vgl. Bethmann-Hollweg 3, 59.

die streitige Gerichtsbarkeit innehatten. Beides aber würde bedeuten, dass die eigentliche Reform schon vor unserem Gesetze erfolgt ist. Man hätte also das bisherige System in Italien von Grund aus geändert und dennoch ein veraltetes und verrottetes Institut in den Provinzen weiter bestehen lassen, was nun nachträglich beseitigt wurde.

II. Den Statthaltern wird geboten, eigene Verhandlung *(notio)* eintreten zu lassen in den Fällen, wo sie früher *pedanei iudices* gaben, *quod ipsi non possent cognoscere.* Diese letzten Worte fasst die herschende Meinung so auf, als ob dastünde: *quod ipsis cognoscere non licebat,* versteht sie also von Fällen, in denen Geschworene bestellt werden musten, wo die Prätoren nicht selbst verhandeln durften. Gewis wird auch im Lateinischen *können* und *dürfen* hie und da verwechselt, wie im Deutschen (nachher VI, 2 ein Beispiel). Aber nach der üblichen Auslegung ist der Conjunktiv ganz unerklärlich. Mir scheint, er lässt sich nur so deuten, dass das *non possumus* im Sinne der Statthalter gesprochen ist: sie könnten nicht verhandeln, sie hätten keine Zeit dazu; darum bestellten sie sich Gehilfen. Im weiteren Verlaufe der Stelle ist das *posse* genau so von tatsächlicher Behinderung gebraucht: *si — non potuerint cognoscere.*

III. Den Statthaltern wird nun untersagt: *pedaneos iudices dare,* und weiterhin erlaubt: *iudices dandi habeant potestatem.* Die gebräuchliche Auslegung fasst die *pedanei iudices dati* als die alten Geschworenen, die *iudices dati* schlechthin als delegierte Richter. Einer römischen Kaiserverordnung darf man allerhand schlimme Dinge zutrauen; aber dies scheint mir denn doch zu arg: *iudicem dare* soll am Anfange des Gesetzes etwas ganz anderes bedeuten, als zwei Zeilen später. Man sollte meinen, es müsten beidemal dieselben *iudices* verstanden sein und das unterscheidende Adjectiv sei vernünftigerweise bei Wiederholung der Redensart weggelassen. Selbst dann noch bliebe die Ausdrucksweise des Gesetzes unverantwortlich, wenn *iudex pedaneus* zu Diocletians Zeit technisch den Geschworenen bezeichnete. Das hat aber niemand zu behaupten vermocht oder gewagt: es ist sicher, dass der Ausdruck den delegierten Richter eben-

falls bezeichnen kann, während *i. priuatus* unzweideutig gewesen wäre.

IV. Aber freilich die herschende Meinung nimmt es als „bewiesen“ an[1]), dass die spätklassischen Juristen (bis auf Diocletian) mit diesem Ausdrucke den Geschworenen benennen. Erklärlicherweise wäre damit für Diocletians Zeit nichts sicheres dargetan. Indes selbst der Beweis der Voraussetzung, den man unternommen hat[2]), ist völlig misglückt.

1. Auf den „späteren“ (d. h. doch wol nachdiocletianischen) Sprachgebrauch darf man sich dafür nicht berufen. Denn darüber ist kein Zweifel, dass spätestens seit Constantin *i. p.* der Kunstausdruck für den Unterrichter ist[3]). Dass das Wort früher etwas anderes bedeutet hat, muss natürlich beweisen, wer es behauptet.

2. Dass schon in klassischer Zeit, ja wol seit dem Beginne der Kaiserherschaft im Cognitionsverfahren delegierte Richter vorkommen, die technisch *iudices dati* heissen[4]), und dass sie sich vielfach in den Digesten finden[5]), ist eine bekannte Tatsache: wer sie läugnet, versteht die Pandekten nicht zu lesen. Nur Stadtprätor und Proconsuln urteilten mit dem *iudex priuatus.* Alle anderen Beamten und die kaiserlichen Diener können gar kein Schwurgericht niedersetzen. So ist es also leicht, eine Verwechslung der beiden ganz verschiedenen Arten von *datio iudicis* zu vermeiden.

3. Der *iudex pedaneus* wird ein par mal von Ulpian und Paulus erwähnt. Ihn mit dem Geschworenen gleichzusetzen ist nur dann möglich, wenn man von der vorgefassten Ansicht ausgeht, dass die klassischen Juristen nur den Geschworenen kennen. Es wird sich aber im Gegenteile wahrscheinlich machen lassen, dass in allen Fällen darunter der *iudex datus* zu verstehen ist. Indes genügte es, diesen Nachweis für einen Fall zu führen: denn sobald dargetan wird, dass *i. p.* in vordiocletianischer Zeit **auch** den Unterrichter bedeuten kann, ist die Argumentation der herschenden Meinung aus c. 2 c. hinfällig.

---

[1]) Bethmann-Hollweg 3, 117 A. 3. — [2]) Bethmann-Hollweg 2, 104 f. — [3]) C. 2 de lib. et eor. lib. 6, 7 (a. 326); Bethmann-H. 3, 117. — [4]) Gellius 12, 13. 1: *iudex a consulibus datus;* vgl. Mommsen, Staatsrecht 2b, 937 A. 1; 944 A. 3. — [5]) Z. B. fr. 81, fr. 12 § 1 de iud. 5, 1; fr. 15 pr. de re iud. 42, 1; fr. 1 pr. quis a quo 49, 3; fr. 1 § 3; fr. 23 § 1 de app. 49, 1.

a) Sicher scheint mir, dass es sich in fr. 3 § 1 neq. eum 2, 7 um den *iudex datus,* nicht um den Geschworenen handelt:

si quis ad pedaneum iudicem uocatum quem eximat, poena eius edicti cessabit.

Das Edikt verbietet, die *in ius uocatio* gewaltsam zu hindern: es fragt sich nach der Tragweite dieser Worte. Von einer *in ius uocatio* kann aber offensichtlich und zweifellos nicht die Rede sein, wenn einer den anderen vor dem Geschworenen zu erscheinen auffordert. Denn die Verhandlung vor ihm ist kein *ius,* sondern *iudicium,* und die Ladung geschieht nicht durch *uocatio* sei es der Partei oder des Geschworenen. Dagegen konnte man wol zweifeln, ob die *i. i. u.* nicht für den Unterrichter zuträfe. Denn dieser trat an Stelle des Magistrates in die Cognition, also in das *ius* ein. Der Zusatz *pedaneus* rührt wol schon von Ulpian her; er ist zur Unterscheidung vom Geschworenen sehr angebracht.

b) Ganz ähnlich steht es bei fr. 1 § 6 de post. 3, 1:

et qui capitali crimine damnatus est, non debet pro alio postulare. item senatus consulto etiam apud pedaneos iudices postulare prohibetur calumniae iudicii publici damnatus.

Postulare bedeutet bekanntlich Anträge vor dem Beamten stellen. Um seiner, des Prätors, Würde und Ehre willen, sagt Ulpian, führte das Edikt eine Anzahl von Postulationsbeschränkungen ein; er sollte und wollte vor Verhandlungen mit jedem beliebigen *(sine delectu passim)* gesichert sein[1]). Weder dem Wortlaute noch dem Gedanken nach konnte sich diese Bestimmung auf den ganz selbständigen Geschworenen beziehen. Denn vor ihm stellte man keine Anträge, weil er keine Bescheide erliess[2]). Und er konnte sich unmöglich von seiner Richterpflicht losmachen, indem er die Partei für postulationsunfähig erklärte, obwol der Prätor mit ihr verhandelt und ihm die Sache überwiesen hatte. Ebenso wenig aber gibt es Postulationen vor dem Unterrichter: *postulare proprie hoc dicimus pro tribunali petere, non alibi*[3]). Allein der Senat hat die Beschränkungen des Ediktes ausdrücklich auf diesen Fall ausgedehnt. Der Beweggrund war wol die Erwägung,

---

[1]) Fr. 1 pr. de post. 3, 1. — [2]) Fr. 1 § 2 eod. — [3]) Fr. 4 § 8 de damn. inf. 39, 2.

dass der Beamte häufig den Process, der ihm unbequem war, ohne weiteres, ohne besondere Instruktion delegierte, dass also dem Richter auch die ins *ius* gehörigen Ermittelungen oblagen. Ob das Wort *pedaneus* schon von Ulpian herrührt, oder erst von den Compilatoren eingesetzt worden ist, kann bezweifelt werden. Es scheint gerade mit Rücksicht auf das *pro tribunali petere* gewählt zu sein und auf die Erklärung von *χαμαιδικαστής* hinzudeuten, die wir erst in der Compilation finden.

c) Nicht minder deutlich bezieht sich m. E. fr. 4 de tut. dat. 26, 5 auf den *datus iudex:*

> *praetor ipse se tutorem dare non potest, sicut nec pedaneus iudex nec compromissarius ex sua sententia fieri potest.*

Der Prätor darf sich selbst so wenig zum Vormunde bestellen wie zum *p. i.* und zum Schiedsrichter. Der Grund dafür liegt für Vormund und Schiedsrichter auf der Hand: die Aufsichtsbehörde würde wegfallen, also die Sicherheit des Mündels und der Parteien ist dadurch gefährdet. Darum ist der Fall auch nicht, wie man manchmal versucht hat[1]), zusammen zu stellen mit der Freilassung und Emancipation „vor sich selbst", welche dem Beamten mit Legisactio gestattet ist[2]): denn da handelt es sich um unanfechtbare Legalisierungsacte, hier dagegen um anfechtbare Entscheidungen. Man kann sich von vornherein kaum denken, dass Ulpian es für der Mühe wert gehalten haben sollte, ausdrücklich hervorzuheben, der Prätor dürfe sich nicht selber zum Geschworenen ernennen. Formell und materiell wäre das ein Unding: ein Befehl und eine Vollmacht sich selbst erteilt und eine Vernichtung der verfassungsmässigen Trennung der Richtergewalten. Und doch hat Ulpian seinen Satz noch zweimal in seinen Schriften wiederholt, immer in der nämlichen Zusammenstellung mit dem Vormunde[3]); da aber nennt er den Richter *specialis*. Es spricht alles dafür, dass der *specialis* wie der *pedaneus iudex* als delegierter Unterrichter anzusehen ist. Einmal zeigt die Verbindung des *tutor datiuus* mit dem *iudex*, dass für das Verbot der Selbstüber-

---

[1]) Cujaz, obseru. 7, 17. — [2]) Fr. 5, fr. 20 § 4 de manum. uind. 40, 2; fr. 4 de adopt. 1, 7. — [3]) Fr. 4 de off. praet. 1, 14; fr. 5 de off. praef. 1, 18.

nahme der Funktion in beiden Fällen der gleiche Beweggrund massgebend war: die zweite Instanz sollte nicht verloren gehen. Die Zusammenstellung zeigt aber ferner, dass Ulpian nicht den Stadtprätor im Sinne hat, sondern den *praetor tutelaris* also einen Beamten, der nicht mit Geschworenen urteilt. Und das wird dadurch bestätigt, dass in den Büchern *de omnibus tribunalibus,* woher zwei der Ulpianstellen entnommen sind, vom Stadtprätor nicht gehandelt wird. Endlich wird in einer der Stellen nicht der Prätor, sondern der Präses als der genannt, der den *iudex* einsetzt. Schwerlich aber fand zu Ulpians Zeit in den Kaiserprovinzen noch das ordentliche Geschworenenverfahren statt[1]). Der *specialis* und der *pedaneus iudex* sind hiernach gewis identisch, aber nicht, weil sie beide Geschworene[2]), sondern weil sie beide Unterrichter sind. Dass der *specialis* ein Geschworener sei, lässt sich aus Ulpians beiden Aeusserungen offenbar nicht entnehmen; und sonst kommt die Bezeichnung nirgends vor[3]).

d) Zuletzt Paulus 5, 28 = fr. 38 § 10 de poen. 48, 19: *iudices pedanei si pecunia corrupti dicantur, plerumque a praeside aut curia submouentur aut in exilium mittuntur aut ad tempus relegantur.*

Besondere Gründe für die Gleichheit des *pedaneus* mit dem *delegatus* vermag ich hier nicht anzuführen. Der Geschworene wird nach der *lex Iulia repetundarum* bestraft, wenn er sich bestechen lässt[4]). Statt dessen trat später eine ausserordentliche Strafe ein[5]), mit der wir es hier zu tun haben. Die Möglichkeit also ist nicht ausgeschlossen, dass Paulus den Geschworenen im Auge hat. Allein, wie ich schon gelegentlich hervorgehoben habe, die Sentenzen des Paulus

---

[1]) Festgabe für Beseler S. 77. — [2]) So Bethmann-Hollweg 2, 104 A. 43. — [3]) Nur fr. 9 § 4 de tut. et rat. 27, 3 (Ulp.) findet sich die ähnliche Verbindung *curator specialis;* dort ist die Interpolation für *tutor* ausser allem Zweifel (Labeo 1, 229 f.). Dass auch *specialis* eingefügt worden ist, wird durch die Vergleichung mit fr. 8 rem pup. 46, 6 nahe gelegt: *ad species curator datus.* Das hat Ulpian nicht geschrieben, der in den regulae bei diesem Falle nur einfach vom *tutor* spricht (Ulpian 11, 20 u. 24). So scheint mir unser *specialis iudex* nicht einmal vor dem Verdachte der Interpolation gesichert. — [4]) Fr. 7 pr. ad l. Iul. rep. 48, 11: neue quis ob hominem condemnandum absoluendumue aliquid acceperit. — [5]) Fr. 7 § 3 eod.

kennen in der Fassung, wie sie den Compilatoren vorlagen und uns vorliegen, das Ordinarverfahren überhaupt nicht mehr[1]). Es ist ferner höchst unwahrscheinlich, dass Paulus in den Provinzen noch den Geschworenen vorgefunden hat.

V. Von ganz besonderer Wichtigkeit wäre c. 11 de falsis 9, 22, i. J. 287 von Diocletian erlassen, wenn daraus mit Sicherheit etwas für den Sprachgebrauch des Kaisers zu entnehmen wäre.

> *si lis pecuniaria apud pedaneos iudices remissa est, etiam de fide instrumenti ciuiliter apud eos iuxta responsum uiri prudentissimi Pauli requiretur.*

Danach soll der *p. i.* die Frage, ob eine Fälschung vorliege, mit entscheiden dürfen, wenn in einem vor ihm anhängigen gewöhnlichen Civilverfahren die Fälschung geltend gemacht wird[2]). So allein angesehen ergibt die Stelle nicht, ob der *p. i.* ein Geschworener ist oder nicht. Aber stellt man sie in ihren gehörigen Zusammenhang, so scheint es mir nicht gut möglich, hier an das ordentliche Civilverfahren zu denken[3]). Es handelt sich nämlich um die Reihenfolge gleichzeitig erhobener Civil- und Strafansprüche. In der Regel soll der Strafanspruch vorgehen; das Civilverfahren wird also bis zur Entscheidung der Strafsache ausgesetzt. Das ist aber in einzelnen Fällen anders; da darf gleichzeitig cognosciert werden[4]). So soll es nun auch sein, wenn die Beschuldigung der Fälschung während eines Civilprocesses vom Beklagten *ciuiliter* vorgebracht wird. Die Form dieses Vorbringens im Formularprocesse lässt sich nicht bestimmen: man kann vernünftigerweise nur an eine Einrede denken. Diese muss aber der Geschworene im *bonae f. iudicium* immer berücksichtigen, bei *stricti i. iud.* muss er sie zurückweisen. Es ist nicht abzusehen, wozu da ein Erlass des Kaisers nötig gewesen wäre. Alles gestaltet sich einfach, wenn *pedaneus iudex* der Unterrichter ist. Was dem Präses gestattet ist, die gleichzeitige Cognition[5]), das wird ihm mit Einschränkung gleichfalls gewährt.

---

[1]) Fr. 46 § 3 de N. G. 3, 5 scheint mir dafür entscheidend; vgl. Parerga II, S. 39[3]. — [2]) Vgl. Cujaz, obss. 20, 25. — [3]) Vgl. Cujaz, recitationes ad h. t. l. penult. (opp. (Neap.) 9, 1444 a). — [4]) C. 4 sq. de ord. iud. 3, 8. — [5]) C. 9 de fals. 9, 22.



VI. Die zweite Hälfte des Gesetzes ist recht unglücklich stilisiert. Die beiden mit *quod* beginnenden Sätze machen den Eindruck, als sagten sie zweimal dasselbe. Statt des zweiten *quod* erwartet man eher den Plural des Relativpronomens anknüpfend an *causae*. Dagegen schliesst sich der zweite Satz ganz erträglich an die Worte: *dandi habeat potestatem* an, wenn man den ersten wegdenkt[1]).

1. Abgesehen davon ist der erste Satz vollständig klar. Die eben erteilte Erlaubnis einen Unterrichter zu bestellen, darf nicht dahin misverstanden werden, als solle den Statthaltern dies Recht auch da verliehen sein, wo sie gewohnheitsmässig bisher selber verhandelten. Diese Sachen müssen nach wie vor vom Statthalter persönlich entschieden werden. Was das für Sachen sind, wissen wir nicht; es liegt nahe, sie mit den gleich nachher genannten zu verselbigen[2]).

2. Der letzte Satz ist in sich auch verständlich: der Präses soll soviele Sachen für sich behalten, als die Wahrung seiner Gerichtshoheit angemessen erscheinen lässt; die Ingenuitäts- und Libertinitätsstreitigkeiten soll er dabei stets selbst entscheiden. Aber völlig überraschend ist der Relativsatz: *super qua poterant etiam ante cognoscere*. Vielleicht ist ér der Anlass zur herschenden Auslegung des ganzen Gesetzes gewesen. Dem Zusammenhange nach sollte man vielmehr statt *poterant debebant* erwarten. Auch zur herschenden Meinung stimmen die Worte nicht: es ist nicht logisch zu sagen, die Statthalter sollen jetzt selbst über Fälle entscheiden, über die sie früher entscheiden durften; durch diese Tatsache wird jene Pflicht nicht begründet. Ich glaube, man muss die Worte anders erklären. Zur Zeit des K. Sever war der Statthalter für Statusfragen nicht zuständig: er darf sie nur entscheiden, wenn sie als Incidentpunkte im gewöhnlichen Rechtsstreite aufgeworfen werden[3]). Wie diese Be-

[1]) Diesen Eindruck hat unter dem Einflusse Lenels auch Ubbelohde gehabt. Er behandelt in Folge dessen die beiden mit *quod* beginnenden Sätze als Parenthese. Die Unbehilflichkeit bleibt trotzdem. Ebenso gut könnte man beide Sätze ans Ende hinter *diiudicet* stellen. Aber dass sie zweimal dasselbe sagen, ist eben nicht aus der Welt zu schaffen. — [2]) Bekker S. 224b. — [3]) C. 1 de ord. iud. 3, 8 (a. 203): *et si supra causa status cognoscere non possit (praeses)*. Die Beschränkung ist vielen

schränkung sich erklärt, muss ich dahin gestellt sein lassen; möglicherweise hängt sie mit der Einsetzung des *praetor liberalis* in Rom zusammen[1]). Zweifellos war das unter Diocletian anders: die Statusklagen gehören gerade recht eigentlich vor den Präses[2]); für Ingenuität und Libertinität hat das jedesfalls Diocletian selbst erst eingeführt[3]). So ist es begreiflich einmal, dass der Kaiser die Delegation dieser Processe untersagt; und dass er ferner mit Rücksicht auf den älteren Zustand die Bemerkung einschaltet, die Präsiden hätten schon früher diese Fragen verhandeln dürfen.

VII. Wenn man die hier verteidigte Auslegung des Gesetzes annimmt, so fügt sich Diocletians Verordnung der Entwicklung des Civilverfahrens seit den Severen vortrefflich ein: der Willkür der Statthalter wird ein Riegel vorgeschoben, die nach Beseitigung des Geschworenenzwanges in den Provinzen eine übermässige sein muste[4]). Zugleich aber schliesst sich des K. Julian oft besprochenes Gesetz aufs beste an: er engt die Statthalter noch mehr ein, indem er ihnen anscheinend Freiheit gewährt[5]). Sie dürfen nur geringfügige Sachen delegieren; die Vicarien aber sollen eine Ausführungsverordnung erlassen, worin sie diesen Begriff des *negotium humilius* feststellen. So können sie sich nicht mehr auf angebliche Ueberbürdung mit Geschäften berufen, was ihnen Diocletians Verordnung offen liess. Und so wird es endlich auch verständlich, wie es möglich war, das vermeintlich hochwichtige Reformgesetz im *Codex Theodosianus* ganz und gar wegzulassen: es war lediglich eine Massregel gegen die Präsides, die durch Julians eingreifendere Bestimmung wieder beseitigt wurde.

---

eigentümlich erschienen; man hat sie gegen den klaren Wortlaut wegzudeuten gesucht: z. B. Hotoman, obss. 6, 6.

[1]) Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 61. — [2]) C. 5 de ord. cogn. 7, 19. — [3]) C. 5 ubi quaest. stat. 3, 22. — [4]) Vgl. Festgabe für Beseler S. 77. — [5]) CIL. 3, 459; c. 8 C. Th. de off. rect. 1, 16; c. 5 de ped. iud. 3. 3.

VII.

Ueber ungültige Urtheile
und die
consumirende Wirkung der Litiscontestation.

Von

Herrn Dr. **Schwalbach,**

weil. Privatdocenten in Leipzig.*)

I.

Die herrschende Ansicht[1]) fasst die Aussprüche römischer Juristen und Kaiser über *sententiae quae sine appellatione rescinduntur* — *quando provocare non est necesse* in dem Sinne auf, als ob in den betreffenden Fällen nur der Schein eines Urtheils vorliege, in Wahrheit aber gesagt werden könne und müsse: *iudicatum non est;* — es handle sich, wenn ich es so ausdrücken darf, um Nicht-Urtheile, nicht um nichtige Urtheile, — *sententia nulla* bedeute nicht ein mit dem Mangel der Nichtigkeit behaftetes Urtheil, sondern das Nichtvorhandensein eines Urtheils. Hiergegen möchte ich behaupten, dass das *iudicatum non esse* der Römer nicht wörtlich zu nehmen ist, dass sprachlich und sachlich schon bei ihnen „nichtige Urtheile" vorkommen.

Ebensowenig wie wir, vermeiden es die Römer, in solchen Fällen, wo gegenüber der Bezugnahme auf das Urtheil die Be-

---

*) Acht Tage, nachdem dieser vom Verfasser mehrfach überarbeitete Aufsatz in die Hände des Herausgebers gelangt war, am 20. Oktober 1882, ist Dr. Schwalbach plötzlich verstorben. Er war am 25. Februar 1858 zu Charkow in Russland geboren. Schon in seinem 5. Lebensjahre siedelten die Eltern nach Leipzig über. Dort besuchte er erst die Realschule, dann das Gymnasium und studierte in Leipzig, Göttingen, Berlin und Strassburg. Er promovierte in Leipzig und habilitierte sich dort nach kurzer praktischer Vorbereitung (1880) für Civilprocess: er hat aber nur drei Semester gelesen. Als Schriftsteller entwickelte er eine grosse, vielleicht bei seiner Jugend zu grosse Tätigkeit. Doch liess sich bei seinem Eifer für die Sache eine ruhige Entwickelung und eine stetigere und fruchtbringende wissenschaftliche Produktion mit Sicherheit voraussehen (Archiv f. civ. Praxis Bd. 66, S. 251 f.).

[1]) Von mir noch getheilt in dem Aufsatz: „Wiederaufnahme des Verfahrens und Urtheilsnichtigkeit", Archiv für die civilistische Praxis LXIII S. 122 ff.

hauptung: *iudicatum non est* statthaben soll, gleichwohl ungezwungen von einem *iudicatum esse,* einer *sententia* und dergl. zu sprechen. So in l. 1 § 2 D. h. t. 49. 8: *cum contra sacras constitutiones iudicatur,* § 3: *nullius momenti esse sententiam,* l. 2 pr. eod.: *inefficaciter condemnatum,* l. 2 § 1, l. 3 § 1 eod., c. 1. 2. 4. 6. 7 C. *quando provocare* 7. 64. Die *sententia quae iure non tenet,* die *condemnatio quae nullas vires habet* sind der Sprache der römischen Rechtsquellen geläufig [1]). Die rechtliche Wirkungslosigkeit einer thatsächlich vorhandenen *sententia* kann man wohl als „rechtlich nicht existiren" bezeichnen. Die Römer sahen also allerdings das „rechtlich nicht existiren" als eine Eigenschaft von etwas Existirendem an [2]).

Hierin giebt sich die natürliche Auffassung der Sache kund im Gegensatz zu der künstlichen, die der ausgedehnten Zulassung der Behauptung: *iudicatum non esse* zu Grunde liegt. Sachlich ist es doch etwas ganz anderes, ob jemand eine *actio iudicati* erhebt mit völlig aus der Luft gegriffenem, rein erdichtetem Klaggrund, oder ob er eine wirkliche, aber ungültige *condemnatio* geltend machen will. Dass in letzterem Fall der Beklagte antworten durfte: *iudicatum non est,* das ergab sich nicht wie im ersteren Fall als selbstverständlich aus der Sachlage, sondern war war einer *iuris interpretatio* zu danken, die bestimmte Zwecke verfolgte [3]). Das späte Aufkommen der Appellation und ihre Beschränkungen, namentlich die überaus knappe Einlegungsfrist *(biduum vel triduum)* lassen es begreiflich erscheinen, dass die römischen Juristen Urtheile als *ipso iure* nichtig behandeln, die heutzutage nur unter den Voraussetzungen, in den Fristen und Formen der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage anfechtbar wären [4]). Es liegt nun die Frage nahe, ob diese künstliche Auffassung bis in alle Consequenzen durchgeführt wurde, oder ob der natürliche Unterschied zwischen Nichturtheilen und nichtigen Urtheilen doch irgendwo zum Durchbruch kommt, weil praktische Bedürf-

---

[1]) Alex. Meyer behauptet (Zeitschrift für Rechtsgeschichte II, S. 313): „Den Römern fehlte vollständig der Begriff eines ‚nichtigen Rechtsgeschäfts'. Die beiden Wendungen: ‚ein Urtheil ist nicht gefällt worden' und ‚das gefällte Urtheil ist nichtig' würden bei der Uebersetzung in das Lateinische völlig gleich lauten." — [2]) Bülow meint (Archiv für die civilistische Praxis LXII, S. 77 Anm.): „Der klare Rechtssinn der Römer hätte sich gegen eine so entsetzliche Rechtsvorstellung empört." — [3]) Und die ihre Zwecke vollständiger erreichte, als die lex (Julia?), von der Ulpian in l. 6 de feriis 2. 12 spricht, es ohne analoge Ausdehnung könnte; denn deren Vorschrift: *et quod aliter adversus ea iudicatum erit, ne quis iudicatum facere neve solvere debeat, neve quis ad quem de ea re in ius aditum erit, iudicatum facere cogat* — würde *exceptio* und *replicatio rei iudicatae* nicht hindern. — [4]) Vgl. c. 1. 2. 4. 7 C. h. t. 7. 64, l. 1 § 3 D. h. t. 49, 8 mit § 542 N. 1, § 543 N. 5. 7a der deutschen Civilprocessordnung; dazu meine angeführte Abhandlung, v. Kries, Die Rechtsmittel S. 466 ff., Gaupp, Civilprocessordnung II, S. 604 ff.

nisse wie den Grund so die Grenzen ihrer Gleichsetzung bestimmten.

Zunächst scheint mir, dass die Stellen, welche sich im allgemeinen über die Unzulässigkeit einer *condictio indebiti* wegen *pecunia ex causa iudicati soluta* äussern (l. 29 § 5 mand. 17. 1, c. 1 C. de cond. ind. 4. 5, c. 2 C. de comp. 4. 31), immer eine wirkliche, wennschon ungültige Verurtheilung voraussetzen und nicht auf Fälle angewandt sein wollen, wo jemand irrig glaubte, *ex causa iudicati* zahlen zu müssen, etwa weil sein Erblasser verurtheilt sei, während in Wahrheit gar kein Urtheil, oder doch keine *condemnatio* ergangen war. Wenigstens wäre gar nicht einzusehen, warum in solchen Fällen *propter auctoritatem rei iudicatae* die *condictio* ausgeschlossen sein sollte. In den Stellen, die uns concrete Anwendungen des Rechtssatzes zeigen (l. 74 § 2 de iud. 5. 1, l. 36 fam. erc. 10. 2), liegen wirkliche, aber rechtlich kraftlose Condemnationen vor.

Ferner: die Behauptung, dass nicht geurtheilt sei, in ihrer ursprünglichen sprachgemässen Bedeutung kann selbstverständlich durch keinerlei Verjährung unzulässig werden; — dagegen hat es guten Sinn, wenn die Berufung auf „Nichtigkeiten" der Urtheile nur beschränkte Zeit hindurch gestattet bleibt. Finden wir nun in den Quellen den Satz, dass die einrede- oder replikweise Antwort: *iudicatum non esse* mit Ablauf einer gewissen Zeit unstatthaft wird, so kann dies nur eine Convalescenz „nichtiger" Urtheile bedeuten, nicht aber gemeint sein, dass man sich gegen Geltendmachung eines in Wahrheit niemals gesprochenen Urtheils nicht vertheidigen könne, wofern nur der Gegner behauptet, es sei schon vor so langer Zeit gesprochen. Die *ipso iure*-Nichtigkeit des römischen Rechts bedeutet dann im allgemeinen doch nur eine zeitlich beschränkte Anfechtbarkeit, freilich eine solche die innerhalb dieses Zeitraums wahrer Nichtigkeit gleichkommt, weil sie *incidenter* (einrede- und replikweise) geltend gemacht werden kann. Uebrigens kann der Ablauf einer solchen Frist doch nicht allen nichtigen Urtheilen zu gute kommen: denen nämlich nicht, die etwas Unmögliches oder etwas Verbotenes anordnen, also ihres Inhalts wegen unvollziehbar bleiben. Aber auch abgesehen hiervon kann in manchen Fällen die „Heilung der Ungültigkeit" durch blossen Zeitablauf bedenklich erscheinen. — Namentlich wenn ohne Ladung und Gehör jemand verurtheilt oder ihm ein Recht aberkannt worden ist, scheint es richtiger, das Urtheil nur durch den wirklichen Willen der Partei Geltung für sie erlangen zu lassen[1]).

Von einer solchen zeitlichen Schranke der Bemängelung

---

[1]) Den *assensus* verlangt auch Gordian in der bekannten c. 3 C. quomodo et quando 7, 63, nimmt ihn aber schon als vorhanden an, *si ubi primum cognovistis, non illico de statutis querelam detulistis.*

nichtiger Urtheile spricht eine Stelle aus Paulus' *sententiae,* die einer eingehenderen Erörterung bedarf.

In lib. V tit. 5a § 8 der *sententiae* sagt Paulus:

> *Res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest nec eo nomine in duplum revocari. longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur.*

Es bleibt nicht nur eine Lücke, sondern ein Irrthum in der Darstellung des classischen römischen Civilprocesses, wenn man fortfährt, dieser Stelle weiter nichts als eine Verjährung der klageweisen *revocatio in duplum* zu entnehmen [1]).

Den ersten Theil des ersten Satzes:

> *Res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest*

vermochte Cujacius (ad h. l.) nur auf die Anstellung der *actio iudicati* zu beziehen. „*Quis alius possit esse huius sententiae sensus, non video. Sed et huic obstat l. miles § ult. ff. de re iud.*“ Denn hier sagt Ulpian: *Iudicati actio perpetua est* (l. 6 § 3 D. 42. 1). Dazu kommt, was Schulting (ad h. l.) hervorhebt, „*quod qui illa actione [iudicati] experitur, non deducit in iudicium rem olim iudicatam, sed novam plane quaestionem, an iudicatum sit.*“ Dennoch wird die Stelle von Bekker (Aktionen II. S. 186) wieder auf die *actio iudicati* bezogen. Nachdem er (S. 184) erwähnt hat, dass „die mit der Litiscontestation geschaffene Obligation“ in allen Fällen *perpetua* ist, bespricht er die doppelte Art ihrer Durchführung: Execution und *actio iudicati.* Execution sei das normale Mittel, aber es werde bezeugt, „dass *res iudicata* innerhalb gewisser Zeiten *in iudicium* deducirt werden konnte“. Wäre Bekker's Meinung nur die, dass der Beklagte nach Ablauf dieser Zeiten nicht mehr durch Behauptung von Nichtigkeitsgründen die Vollstreckung hemmen und es zum *iudicium* treiben konnte, so stimme ich zu, finde aber dies nicht in dem Satze „*res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest*“ ausgedrückt, — denn hiermit soll offenbar dem Kläger ein *in iudicium de-*

---

[1]) So Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts III, § 168; Puchta, Institutionen § 181 N. e; Bethmann-Hollweg, Der römische Civilprocess II, § 118 bei N. 36; Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses § 60 bei N. 14. — Ganz unerwähnt bleibt die Stelle und die *in duplum revocatio* überhaupt bei Heffter, System des römischen und deutschen Civilprocessrechts; und Keller, Der römische Civilprocess § 82 bei N. 983 verliert kein Wort über den Inhalt der Stelle. Rudorff, Römische Rechtsgeschichte II, § 86 bei N. 12 nennt das, wovon sie spricht, ganz verkehrt *longi temporis praescriptio* und gedenkt der „besonderen *praescriptio* in Ingenuitätsprocessen“ (*ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur* Dig. 40. 15), die doch wieder etwas völlig Verschiedenartiges ist.

ducere verwehrt sein, — sondern in den folgenden Worten: „*nec eo nomine in duplum revocari*". Aber Bekker scheint anzunehmen, dass ein *iudicium* über die Judicatsobligation nur *intra longum tempus* vorkommen könne; er müsste demnach die Folge ziehen, dass auch die Behauptung, die Urtheilssumme gezahlt zu haben, und ähnliche Einreden nicht zu einem *iudicium* geführt hätten, wenn nur das Urtheil schon zehn, bez. zwanzig Jahre alt war. Hiermit wäre die Natur der Sache geradezu auf den Kopf gestellt. Wir würden es verstehen, wenn umgekehrt zunächst nach erfolgtem Urtheil dem Schuldner verwehrt wäre, die Vollstreckung aufzuhalten, und einen neuen Process herbeizuführen, und wenn er erst dadurch, dass der Kläger so lange mit dem Vollstreckungsantrag wartet, das Recht erhielte, auf *iudicium* zu provociren. Denn das Normale ist, dass die Vollstreckung bald auf das Urtheil folgt; begehrt sie jemand erst nach zehn Jahren, so ist zu vermuthen, dass der Anspruch schon freiwillig erfüllt oder darauf verzichtet worden ist u. dergl. Und das römische Recht sollte gerade für diesen Fall den säumigen Kläger durch die weitgehendste Beschränkung des beklagtischen Vertheidigungsrechtes begünstigt haben? Es wäre doch völlig widersinnig, dem Beklagten *post longum tempus* den Gebrauch von Einreden zu erschweren oder unmöglich zu machen, die er bis dahin bei der Unthätigkeit des Klägers gar nicht geltend machen konnte!

Paulus sagt, die *res olim iudicata* dürfe nicht mehr *in iudicium* deducirt werden. Nun darf aber auch eine *res nuperrime iudicata* nicht mehr *in iudicium* deducirt werden, oder es würde doch *exceptio rei iudicatae* gegeben. Soll von der *res olim iudicata* nur dasselbe und etwa noch dies gelten, dass es bei ihr keinesfalls zu einem zweiten *iudicium* kommen dürfe, also stets *in iure* entschieden werden müsse, *iudicatum sit necne?* Der Zusammenhang mit dem folgenden „*nec eo nomine in duplum revocari*" weist auf die inhaltvollere Auslegung hin, die Huschke (ad h. l.) gegeben hat: *in iudicium deduci non potest]* „*ab actore reum absolutum quidem, sed sententia nulla, dicente ideoque pristinam actionem quasi integram instituente*". Das Bedenken, welches man daraus entnehmen möchte, dass die alte Klage doch schon vor Erlass des nichtigen Urtheils durch die Litiscontestation aufgezehrt sei, kann nicht zu einer Widerlegung Huschke's, sondern nur zu einer Berichtigung der Vorstellung führen, die wir uns von der processualen Consumtion zu machen haben. Wir werden uns noch andern Gruppen von Fällen zuwenden, wo es auch zur Wiedererhebung einer Klage wegen Mängel des ersten Urtheils kommt, und wo dennoch die römischen Juristen nicht den geringsten Anstoss daran nehmen, dass eine gültige, einwandsfreie Litiscontestation vorhergegangen

war [1]). Hier sei nur auf l. 19 D. de app. 49, 1 (Modestinus) verwiesen, wo das Urtheil *expressim contra iuris rigorem* verstösst: *ideo et sine appellatione causa denuo induci potest — unde potest causa ab initio agitari.* Dem Wortlaut nach könnte man das „*in iudicium deduci non potest*" unserer Paulus-Stelle über den Kreis der Fälle, wo das Urtheil von vornherein und *ipso iure* nichtig war, ausdehnen auf die Fälle, wo die Klage mit *replicatio doli* gegen die *exceptio rei iudicatae* erneuert, oder wo *ex integro* geklagt wird, nachdem durch einen Strafprocess eine Urkundenfälschung oder dergl., worauf das erste Urtheil beruhte, aufgedeckt worden ist. Aber die eigene Natur dieser Fälle spricht dagegen[2]), und auch der zweite Theil unserer Stelle: „*nec eo nomine in duplum revocari*" macht es wahrscheinlich, dass Paulus nur die Fälle der *ipso-iure*-Nichtigkeit vor Augen hat.

Das Wesen der *in duplum revocatio* ist bestritten[3]). Bei Cicero *pro Flacco* c. 20. 21 wird uns folgender Rechtsfall berichtet:

Hermippus ab Heraclida petit [pecuniam] — a recuperatoribus causa cognoscitur. — Itaque recuperatores contra istum [Heraclidam] rem minime dubiam prima actione iudicaverunt. Cum iudicatum non faceret, addictus Hermippo et ab hoc ductus est. — Atque is ab Hermippo missus, cum ei pauca mancipia vendidisset, Romam se contulit: deinde in Asiam

---

[1]) Im Falle der c. 1 C. quibus res iud. 7. 56 wäre freilich auch die *exceptio rei in iudicium deductae* nicht begründet. — [2]) S. unten II und III. — [3]) Zimmern (Geschichte III § 168) nennt sie ein „rescindirendes Rechtsmittel gegen die an sich gültige Sentenz". Diese Auffassung wird durch die von ihm selbst zu Grunde gelegte Stelle: Cicero *pro Flacco* cap. 21 widerlegt. — Mit einigen Worten möge auf die eigenthümliche, von Alex. Meyer in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte aufgestellte Ansicht eingegangen werden. Nach Meyer ist *revocatio* eine nur *sub poena dupli* zulässige Vindication, die der frühere unterlegene Vindicationsbeklagte gegen den früheren siegreichen Kläger anstellt, nachdem er ihm infolge einer jetzt als nichtig angefochtenen *pronuntiatio* die Sache restituirt hat. Die *exceptio rei iudicatae*, die den im früheren Process anerkannten Eigenthümer schützte, bedurfte nach Meyer einer Verstärkung durch *poena dupli* für unbegründetes Bestreiten ihrer Zuständigkeit. Aber ist nicht die Lage eines früheren Beklagten, der von dinglicher oder obligatorischer Klage freigesprochen ist, gegenüber der Erneuerung dieser Klage ganz dieselbe? Hier bestände dasselbe Bedürfniss, die *exceptio rei iudicatae* gegen unbegründete Einwendung der Nichtigkeit zu schützen! Sollte der von Meyer für nothwendig erachtete Processnachtheil ein genaues Gegenstück zur Litiscrescenz der *actio iudicati* sein, so konnte den vindicirenden früheren Beklagten, da die Sache nicht mehr in seinen Händen war, nur noch die Strafe des einfachen Sachwerths treffen, und hierfür würde man den Namen *in duplum revocatio* schwerlich erfunden haben. Ganz unglücklich ist der Versuch, diese Hypothese auf Cicero *pro Flacco* cap. 21 zu stützen; denn über das Eigenthum an den Sklaven, die Heraclides zurückfordert, hatte doch vorher kein Process stattgefunden!

rediit, cum iam frater meus Flacco successisset, ad quem adiit et causam ita detulit: recuperatores vi Flacci coactos et metu falsum invitos iudicavisse. Frater meus pro sua aequitate et prudentia decrevit, ut si iudicatum negaret, in duplum iret; si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores. Recusavit et, quasi nihil esset actum, nihil iudicatum, ab Hermippo ibidem mancipia, quae ipse ei vendiderat, petere coepit.

Heraclides will die Sklaven wiedererlangen, die er an Hermippus „verkauft" hatte, um sich von der Schuldhaft zu lösen. Zuerst beruft er sich vor dem Magistrat auf den von dessen Vorgänger angeblich gegen die Recuperatoren ausgeübten Zwang. Quintus Cicero stellt ihm zwei Wege zur Wahl: *in duplum ire*, wenn er Nichtigkeit des gegen ihn vollstreckten Urtheils behaupten will, andernfalls eine einfache Klage[1]). Hier erscheint also die *revocatio in duplum* als Rückforderungsklage nach beendeter Vollstreckung, gegründet auf die Nichtigkeit des vollstreckten Urtheils[2]). Aber wir können Bethmann-Hollweg nicht zugeben, dass die *revocatio in duplum* sich schon „durch ihren Namen deutlich genug als Rückforderung des gezahlten Judicats mit der *poena dupli* ankündigt"[3]). Vielmehr passt der Name ebensogut auf die *infitiatio*[4]) gegenüber der *actio iudicati* und vollends auf eine der *actio iudicati* abwehrend zuvorkommende

---

[1]) Man pflegt die Stelle als Beispiel einer *restitutio in integrum contra rem iudicatam* anzuführen, — mit Unrecht, da sie überhaupt nicht von *in integrum restitutio* im engeren Sinne redet. Quintus Cicero ertheilt nicht auf Grund einer von ihm vorgenommenen *causae cognitio* eine *actio restitutoria* (Vindication der Sklaven), sondern Recuperatoren sollen erst (aus eigener Wissenschaft) über die Behauptung, dass jenes Urtheil erzwungen sei, entscheiden. Entweder handelt es sich um die *actio quod metus causa* — (dann wäre wohl neben dem *in duplum ire* das *quadruplum* nicht unerwähnt geblieben) — oder um eine nicht pönale Klage auf Rückgabe der Sklaven, vom Magistrat nach dem Grundsatz: *quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habebo* gegeben. Am wenigsten ist dieser neue Process als Wiederaufnahme des früheren, *rescissa sententia,* aufzufassen. — [2]) Es ist schwer zu begreifen, wie Puchta, Institutionen § 181 bei N. d—f. die von Zimmern doch benutzte Cicero-Stelle völlig unbeachtet lassen und die Bedeutung der *in duplum revocatio* auf die einer vorbeugenden (der *actio iudicati* zuvorkommenden) Nichtigkeitsklage beschränken konnte. — [3]) Römischer Civilprocess II § 118 bei N. 35. — Bethmann-Hollweg (N. 34) meint, bei Cicero umfasse der Ausdruck *in duplum ire* zweierlei, „die *actio iudicati in duplum* und die *in duplum revocatio;* denn in jenem Fall war das Judicat nur theilweise gezahlt". Zu dieser Annahme sehe ich keinen Grund. Wie hätte noch eine *actio iudicati* stattfinden können, nachdem der Schuldner dem Gläubiger schon wegen des Judicats addicirt worden war? Und wenn Hermippus den Heraclides losliess, nachdem dieser ihm einige Sklaven *in solutum* gegeben hatte, so hielt er sich doch wohl für befriedigt, oder wollte sich hiermit begnügen. — [4]) Lediglich auf diese deutet ihn z. B. Brackenhöft, Erörterungen S. 97 N. 27.

Nichtigkeitsklage, wie Puchta (Institutionen § 181) sie annimmt. Bethmann-Hollweg, der diese letztere Bedeutung der *in duplum revocatio* verwirft, geht auch darin zu weit, dass er die durch Cicero bezeugte Rückforderungsklage allemal zulassen will, „wenn der Schuldner infolge des condemnatorischen Urtheils, sei es freiwillig oder um der Execution auszuweichen, das Judicat gezahlt hat" (a. a. O. S. 725), wobei es auch auf Irrthum über die Gültigkeit des Urtheils nicht ankommen soll (S. 726 N. 37). Gerechtfertigt wäre eine solche Klage doch nur einerseits beim Irrthum über die Gültigkeit des Urtheils, also als Ersatz der unstatthaften *condictio indebiti*, andererseits in Fällen, wo der Verurtheilte sich thatsächlich die Vollstreckung gefallen lassen musste, wie in dem Fall der Rede *pro Flacco*, wo (nach der Darstellung des Heraclides) derselbe Magistrat, durch dessen *vis* das Urtheil beeinflusst war, es auch zur Vollstreckung gebracht hat. Wer dagegen die volle Möglichkeit hatte, sich gegen den Vollstreckungsantrag, bez. *actio iudicati*, zu vertheidigen, und dies unterliess, dürfte schwerlich hinterher zur *revocatio* berechtigt gewesen sein.

Vom Standpunkt der Bethmann-Hollweg'schen Ansicht über *revocare in duplum* kann also unserer Paulus-Stelle keine zeitliche Beschränkung der Nichtigkeitseinrede entnommen werden. Nur für den Kläger, der die alte Klage erneuern, und für den Beklagten, der das schon Gezahlte zurückfordern will, gelten die Schranken des *decennium*, bez. *vicennium*.

Nehmen wir dagegen an, dass *in duplum revocare* auch die *infitiatio* und auch eine vorbeugende Nichtigkeitsklage bezeichne, so ergiebt sich folgende in sich übereinstimmende Auslegung des Satzes: „*res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest nec eo nomine in duplum revocari*" [1]). Er bedeutet dann, dass *post longum tempus* weder der *exceptio rei iudicatae* noch der *actio iudicati* gegenüber Nichtigkeit des Urtheils behauptet werden darf; — und die Verjährung auch des dem Beklagten zustehenden Einwands der Nichtigkeit erscheint gerechtfertigt, weil er innerhalb des *longum tempus* jene vorbeugende Klage anstellen konnte, um die Nichtigkeit aussprechen zu lassen. Zugleich schliesst jener Satz die vorbeugende wie die Rückforderungsklage in die Schranken des *longum tempus* ein.

Unter dem *in duplum revocare* unserer Stelle ist nur die Berufung auf Nichtigkeit des Urtheils zu verstehen, nicht die Erwiderung, es liege kein Urtheil vor, und nicht der Gebrauch selbständiger Einreden, wie der der Zahlung, des Erlasses, der *exceptiones SCi. Velleiani* und *Macedoniani*. Schon oben wurde

---

[1]) Huschke: *revocari*] *„a reo se condemnatum quidem, sed sententia nulla dicente, contra quem iudicati actio in duplum datur, si vero longo tempore siluit, rei iudicatae exsecutio."*

darauf hingewiesen, wie widersinnig es wäre, wenn der Kläger durch blosses Warten erreichen könnte, dass dem Beklagten die Geltendmachung solcher Einreden versagt oder erschwert würde. An solche Vertheidigung denkt Paulus hier gewiss nicht. Vielleicht war sie gar keine *revocatio in duplum*[1]); vielleicht wurde, wenn der Beklagte zugestand, gültig verurtheilt zu sein, eine *actio confessoria in simplum* gegen ihn gegeben, wie sie *ex lege Aquilia* und beim Damnationslegat vorkommt[2]). Vielleicht bedeutet das *in duplum revocare* überhaupt, auch als *infitiari* gegenüber der *actio iudicati*, nur Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen gegen ein wirkliches Urtheil, nicht also die Antwort, dass gar kein Urtheil ergangen sei. Der Beklagte konnte sich der Vollstreckung widersetzen, ein *iudicium* verlangen, wenn er beachtenswerthe, doch der Untersuchung noch bedürftige Vertheidigungsgründe vorbrachte. Ehe aber dem Kläger auch nur eins von beiden: Vollstreckung oder *actio iudicati* gewährt wurde, musste soviel gewiss sein, dass der Beklagte wirklich verurtheilt war, gültig oder ungültig. Der Kläger, der dies nicht schon *in iure* darthun konnte, erreichte nichts.

Für die Auffassung, dass *in duplum revocare* nur die Berufung auf Nichtigkeit eines in der That gesprochenen Urtheils bedeute, sprechen auch die Sätze:

> *Ab ea sententia quae in contumaces data est neque appellari neque in duplum revocari potest* (Paul. *sent.* V. 5a § 7a)[3])

und:

> *Confessionem suam reus in duplum revocare non potest* (ib. § 5).

Der lügenhaften Behauptung gegenüber, dass Contumacialurtheil oder Confessio vorliege, muss Vertheidigung möglich sein; nicht minder muss man sich einer wahren Behauptung desselben Inhalts gegenüber auf erfolgte Zahlung und dergl. berufen können. Aber das wirkliche Contumacialurtheil und die wirkliche Confessio sollen von vornherein derjenigen Anfechtung entzogen sein, die bei anderen Urtheilen erst nach zehn oder zwanzig Jahren unzulässig wird[4]).

---

[1]) Auch Bekker, Aktionen II, S. 187 zweifelt, ob die von dem Verurtheilten veranlasste Wiederaufnahme der Sache stets eine *in duplum revocatio* gewesen sei. — [2]) Vgl. Demelius, Die Confessio § 14. — [3]) Auch Cod. Gregor. X, 1 c 1: — *eum qui per contumaciam absens condemnatur, nec appellationis auxilio uti aut in duplum revocare posse (Alexander).* — [4]) Bezüglich der *confessio* kommt noch Paul. *sent.* II 1 § 5 in Betracht: *Si qui debitum quocumque modo confessus docetur, ex ea re actio creditori non datur, sed ad solutionem compellitur.* Bethmann-Hollweg (S. 547 f.) lehrt: „Ein Recht auf Gehör hatte der Schuldner nicht, da aus der Confessio nicht, wie aus dem Judicat, eine *actio* gegeben wurde, also auch die dagegen noch mögliche Vertheidigung *(in duplum revocatio)* ausgeschlossen war." Ich möchte die

Im Justinianischen Recht giebt es weder Litiscrescenz bei der *actio iudicati,* noch klageweise *in duplum revocatio,* noch zeitliche Schranken für einrede- und replikweise Berufung auf Nichtigkeitsgründe. Doch enthält ein Fragment Modestin's: l. 8 pr. de admin. rer. 50. 8 den deutlichsten Hinweis auf den Inhalt unserer Paulusstelle:

> *Calculi erroris retractatio etiam post decennii aut vicennii tempora admittetur,*

vgl. Paulus l. c. § 11. Aus der unveränderten Aufnahme dieser Stelle in die Digesten darf man nicht etwa auf fortdauernde Geltung des Satzes: *„res olim iudicata . . .“* schliessen. Dem verurtheilten Beklagten wenigstens kann nicht verwehrt werden, sich *post decennium* auf Nichtigkeit des Urtheils zu berufen, wenn ihm das Recht kein Mittel gewährt, diese Nichtigkeit auch vor Erhebung der *actio iudicati* feststellen zu lassen. Im Justinianischen Recht ist also die Nichtigkeit der *sententiae quae sine appellatione rescinduntur* eine wahre, nicht durch blossen Zeitablauf heilbare.

II.

Ipso iure gültige Urtheile, welche durch *dolus* einer Partei zu Ungunsten ihres Gegners erwirkt sind, haben für diesen keine verbindliche Kraft. Die Quellen führen uns nicht nur eine mit der Rechtskraft des Urtheils kaum vereinbare *actio de dolo* vor [1]), sondern auch geradezu *exceptio doli* gegen *actio iudicati* [2]), *replicatio doli* gegen *exceptio rei iudicatae* [3]). Durch diese *exceptio*

Worte *„ex ea re“* nicht auf die Confessio, sondern auf das *debitum* beziehen, dann würde die Stelle nur sagen, dass, wenn *in iure* eine frühere Confessio des Schuldners nachgewiesen wird, dann nicht mehr die alte Schuldklage ertheilt, sondern Execution gewährt wird. Die Stelle würde also nicht mehr sagen, als der bekannte Satz: *confessus pro iudicato est,* und es bliebe die Annahme gestattet, dass die Einrede der Zahlung und ähnliche auch hier zu einem *iudicium* (über den Anspruch *ex confesso*) hätten führen können. Dass die Thatsache der Confessio selbst stets *in iure* bewiesen werden musste, scheint in der Stelle vorausgesetzt und stimmt zu dem, was ich betreffs der *actio iudicati* vermuthe.

[1]) L. 20 § 1, l. 14 cf. l. 13 § 1 de dolo 4. 3, l. 8 § 1 mand. 17. 1. — Unverkennbar verstösst diese *actio doli* (auf Ersatz des durch das abweisende Urtheil erlittenen Schadens) gegen die materielle Rechtskraft des heutigen Rechts und ist deshalb (nicht etwa schon wegen der Vorschriften unserer Civilprocessordnung über die Restitutionsklage), heute unanwendbar. Aber auch die römischen Juristen konnten nicht verkennen, dass durch diese Delictsklage der alte Streit über die aberkannte Forderung mittelbar erneuert wurde. Sie liessen das zu, weil sie in dem *dolus* Grund genug fanden, das Urtheil auf Umwegen als ungültig zn behandeln, — während ein wissentlich falsch geschworener gerichtlicher Schiedseid unantastbar war: l. 21. 22 de dolo 4. 3, l. 15 de except. 44. 1. — [2]) L. 9 de dol. mal. et met. exc. 44. 4 (wo ursprünglich gewiss von einem *cognitor* die Rede war). — [3]) L. 25 de dolo 4. 3. Auf Erneuerung der alten Klage mit *replicatio doli* dürfte sich auch das *ex integro agere* der l. 45 § 1 de minor. 4. 4 beziehen. (Zu l. 7 § 9 de dolo

und diese *replicatio doli* wird nicht etwa nur ein *dolus praesens* gerügt, der in der Geltendmachung des Urtheils liegt[1]); dass hierin ein *dolus praesens* liegt, würde doch nur wieder darauf beruhen, dass das Urtheil durch *dolus (praeteritus)* erlangt war. Der Annahme Wetzell's (System § 53 Anm. 62), die *replicatio* in l. 25 *de dolo* müsse als eine Restitution gegen das Urtheil gedacht werden, steht der einfache Wortlaut entgegen: *nam ex integro agere possum, et si obiciatur exceptio rei iudicatae, replicatione iure uti potero.* Wir haben also neben die *ipso iure* nichtigen Urtheile die *ope exceptionis s. replicationis* unwirksamen zu stellen[2]) und dürfen vermuthen, dass wie *dolus* so auch *metus* diese Art der Ungültigkeit bewirkte[3]).

Man könnte eine andere künstlichere Auffassung dieser durch *replicatio doli* ermöglichten Erneuerung aberkannter Klagen versuchen. Man könnte sagen: das Urtheil ist gültig, ausserdem die alte Klage schon vorher durch Litiscontestation consumirt; aber das Delikt des *dolus* erzeugt einen Schadensersatzanspruch, und dieser wird in die leere Schale der *ipso iure* noch bestehenden alten Klage gesteckt, damit die infamirende *actio de dolo* vermieden bleibe. Aber wir werden finden, dass es eine wahre Consumtion der angestellten Klage *per exceptionem rei in iudicium deductae* nicht giebt, dass also nichts uns hindert, in dem formellen Gegenübertreten von *replicatio doli* und *exceptio rei iudicatae* den materiellen Sachverhalt einfach und richtig ausgedrückt zu sehen, den Sachverhalt, dass das Urtheil, welches sonst die Klage zerstört haben würde, wegen des vorausgegangenen *dolus* diese Wirkung nicht haben soll.

Die *exceptio* und *replicatio doli*, bez. auch *metus*, möchte ich für *perpetuae* im vollsten Sinne halten, so dass auch das *longum silentium* der Paulus-Stelle ihren Gebrauch nicht ausschliesst, vgl. l. 21 § 1 quod metus 4. 2 und c. 19 C. de transact. 2. 4.

Die Verwendung der privatrechtlichen *actio, exceptio* und *replicatio doli* zur Unschädlichmachung *ipso iure* gültiger Urtheile ist für unsere heutige Anschauung nicht minder fremdartig als die weitgehende Zulassung der Behauptung: *iudicatum non esse,* und ist ebenso zu erklären aus dem ursprünglichen Mangel jedes processualen Rechtsmittels und der Unzulänglichkeit auch der

---

s. die scharfsinnige und m. E. völlig befriedigende Erklärung von Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen S. 132 Anm.)

[1]) So in l. 46 § 5 de adm. et per. tut. 26. 7 und in c. 2 C. de iud. 3. 1, wo einer der fortgeschrittenen Zeit nicht mehr entsprechenden Berufung auf die processuale Consumtion *replicatio doli* entgegengehalten wird. — [2]) Wie Donellus es that, freilich im Hinblick auf andere und anders zu erklärende Quellenstellen: Comm. iur. civ. XXVII 4 §§ 5 ss. s. u. S. 130 Anm. 4. — [3]) Der *actio de dolo* in den angeführten Stellen entspricht die *actio quod metus causa,* von der meiner Ansicht nach Cicero *pro Flacco* c. 21 spricht; s. o. S. 19.

späteren *provocatio.* Auch die *in integrum restitutio* fand *contra rem iudicatam* Anwendung; aber ein Schutz kraft ordentlichen Rechts, wie ihn die Jurisprudenz ohne Erfindung neuer Mittel zu gewähren wusste, hatte daneben selbständigen Werth.

III.

Der *auctoritas rei iudicatae* müssen gewöhnliche Billigkeitsrücksichten weichen. Das auf irriger Auffassung, unvollständigen Beweisgrundlagen beruhende Urtheil gilt unerschütterlich. Später aufgefundene Beweismittel können nicht mehr verwendet werden[1]). Nur wenn der Kläger gerade dadurch den Process verloren hat, dass der *iudex* wegen Mangels genügender Beweise den Beklagten sich freischwören liess, erlauben kaiserliche Constitutionen eine neue Klage auf Grund neu gefundener *instrumenta* und für den Fall, dass diese nur vollen Beweis ergeben[2]).

Aber die *auctoritas rei iudicatae* braucht doch nicht soweit zu gehen, dass auch Urtheile, welche auf Verbrechen beruhen, unanfechtbar sind. Wenn vollends ein solches Verbrechen durch strafgerichtliches Urtheil aufgedeckt wird, so spricht kaum noch etwas dagegen, auf Grund dieser *res iudicata* ein Civilurtheil kraftlos werden zu lassen, dessen Grundlage nun als falsch erkannt ist. Rechtspolitisch empfiehlt es sich, Einwendungen gegen ein rechtskräftiges Civilurtheil grundsätzlich nur kraft eines solchen Strafurtheils, nicht aber als noch unbewiesene Behauptungen zuzulassen.

Diese Gedanken treten in der Kaiserzeit hervor. Das durch Bestechung des Richters erlangte Urtheil ist von vornherein nichtig, c. 7 C. quando provocare 7. 64:

> *Venales sententias, quae in mercedem a corruptis iudicibus proferuntur, et citra interpositae provocationis auxilium iam pridem a divis principibus infirmas esse decretum est*[3]).

[1]) Auch nicht auf dem Wege der *in integrum restitutio,* wenn diese nicht ohnehin (z. B. zu Gunsten eines Minderjährigen, einer *res publica*) zulässig ist: c. 4 C. de re iud. 7. 52, l. 35 D. eod. 42. 1. — [2]) L. 31 D. de iureiur. 12. 2 Gaius: *Admonendi sumus interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit. sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis absolutus fuerit: solent enim saepe iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit.* — Es ist nicht (wie man annimmt) die Rede von einer *in integrum restitutio,* die innerhalb des *annus utilis* nachzusuchen und *causa cognita* zu gewähren wäre, sondern die Constitutionen erlauben für diesen sehr beschränkten Fall unmittelbar die *retractatio causae.* Der Rechtssatz contrastirt seltsam genug mit dem *stari religioni debet* Ulpian's, dem *sufficit periurii poena* des Paulus (l. 21. 22 de dolo 4. 3). — [3]) Diesen einfachen Satz glaubt Wetzell dadurch künstlich rechtfertigen zu müssen, dass er ausführt, durch die Bestechung werde der Richter am Ausgang des Rechtsstreits interessirt, also „relativ unfähig“ zu dessen Entscheidung

Dagegen kann man eine das Urtheil bedingende Urkundenfälschung nicht gegen dessen Vollstreckung geltend machen. Auch die Erhebung der *accusatio falsi* (durch die man sich doch eventuell der Calumnienstrafe aussetzt), führt nicht zu einer Hemmung der Vollstreckung, c. 2 C. ad leg. Corn. de fals. 9. 22 Alexander:

Satis aperte divorum parentum meorum rescriptis declaratum est, cum morandae solutionis gratia a debitore falsi crimen obicitur, nihilominus salva exsecutione criminis debitorem ad solutionem compelli oportere.

Die Vollstreckung des Civilurtheils und die Durchführung der Anklage *(exsecutio criminis)* gehen jede ihren Weg. Ist aber das Ergebniss der Anklage Verurtheilung wegen *falsum,* so wird damit das Civilurtheil, sofern es auf der gefälschten Urkunde beruht, hinfällig. Gerade weil vorher die Vollstreckung nicht aufgehalten werden durfte, muss jetzt *soluti repetitio* stattfinden. War die civilprocessuale Condemnation noch nicht vollstreckt, so kann der *actio iudicati* jetzt das Strafurtheil entgegengehalten werden, immer vorausgesetzt, dass jene Condemnation auf Grund der falschen Urkunde gesprochen war. Enthielt das Civilurtheil eine Absolution, so kann der Erneuerung der Civilklage unter der gleichen Voraussetzung die *exceptio rei iudicati* nicht mehr im Wege stehen. Dies sagen folgende Stellen:

Paulus sent. V 5a § 10: *Falsis instrumentis religione iudicis circumducta, si iam dicta sententia prius de crimine admisso constiterit, eius causae instauratio iure deposcitur.*

Modestinus l. 11 de except. 44, 1: — *cum et principalibus constitutionibus manifeste cavetur, etsi res iudicata*

(System § 36 bei Anm. 13). Dieser Erklärungsgrund würde überdies zu weit führen. Denn ist der bestochene Richter „kein Richter", so muss auch das Urtheil nichtig sein, welches er trotz der Bestechung gegen die bestechende Partei abgiebt; c. 7 cit. spricht aber nur von erkauften, d. h. zu Gunsten der bestechenden Partei gefällten Urtheilen. (Aehnlich Deutsche Civilprocessordnung § 543 N. 5 *verbis* „gegen die Partei".) Bethmann-Hollweg führt c. 7 cit. als Beleg dafür an, dass in diesem Fall *restitutio propter dolum* stattfinde! (Römischer Civilprocess II, S. 716.) Rudorff (Rechtsgeschichte II, § 87) beruft sich auf Cicero *in Verrem* II, cap. 26 (§ 63) dafür, dass früher *in integrum restitutio* gegen Urtheile bestochener Richter stattgefunden habe. Aber die *restitutio* in dieser Stelle bedeutet nicht *restitutio contra rem iudicatam,* Urtheilsrescission, sondern Wiedereinsetzung der Beklagten in ihr Vermögen, das der *missio* unterworfen worden war. Gegen Epikrates war gar kein Urtheil ergangen, da er von Anfang an abwesend war (cap. 22 i. f.) und *indefensus* blieb (cap. 25); das Urtheil gegen Heraclius war unzweifelhaft nichtig wegen des ganz unerhörten Verfahrens; die Richter, die ihn verurtheilten, waren nicht bestochen (cap. 17).

esset ex falsis instrumentis, si postea falsa inveniantur, nec rei iudicatae praescriptionem opponi — [1]).

c. 2 C. si ex fals. 7. 58 Alexander: *Et qui non provocaverunt, si instrumentis falsis se victos esse probare possunt cum de crimine docuerint, ex integro de causa audiuntur.*

c. 3 C. eod. Idem: *Falsam quidem testationem, qua diversa pars in iudicio adversus te usa est, ut proponis, solito more arguere non prohiberis. sed causa iudicati in irritum non devocatur, nisi si probare poteris eum qui iudicaverat, secutum eius instrumenti fidem, quod falsum esse constiterit, adversus te pronuntiasse.*

c. 4 eod. Gordianus: *Judicati exsecutio solet suspendi et soluti dari repetitio, si falsis instrumentis circumventam esse religionem iudicantis crimine postea falsi illato manifestis probationibus fuerit ostensum* [2]).

Die Codexstellen wurden nicht nur von Azo [3]) und Accursius [4]) und deren Nachfolgern, sondern sie werden nebst der Paulus-Stelle auch von Keller [5]), Zimmern [6]), Puchta [7]), Rudorff [8]), Bethmann-Hollweg [9]) auf *restitutio in integrum*, — von den drei letztgenannten speciell auf *restitutio propter dolum* bezogen. Hiergegen spricht zunächst der klare Wortlaut dieser Stellen. Es wird nicht ein Restitutionsgrund, *dolus* oder *error*, und etwa die Wahrung des *annus utilis* vorausgesetzt; es ist nicht Erforderniss, dass der Gegner im Civilprocess die Urkunden selbst gefälscht oder doch wissentlich gebraucht habe, dass er also auch der Angeklagte sei. Dagegen wird vorausgesetzt, dass das *falsum* durch Strafurtheil festgestellt ist, und die Folge ist, dass nur das frühere Civilurtheil nichts mehr gilt: *causae instauratio iure de-*

[1]) Die Stelle, in welcher der obige Zwischensatz vorkommt, behandelt die Frage, ob der *accusatio falsi* eine *praescriptio* desswegen entgegenstehe, weil der Ankläger in einem vorhergegangenen Process die Urkunden, die er damals für echt hielt, anerkannt und auf richterliches Geheiss auch unterschrieben hat; die Frage wird verneint. Anders wäre es, wenn der Ankläger damals die Urkunden für verdächtig gehalten, aber sich mit dem Gegner verglichen hätte: c. 7 C. ad leg. Corn. de fals. 9. 22. — [2]) Die c. 1 eod. beantwortet meines Erachtens eine Anfrage, ob einer beabsichtigten *accusatio falsi* die *praescriptio rei iudicatae* drohe: *Si tabulas testamenti, quas secutus proconsul vir clarissimus sententiam dixit, falsas dicere vis, praebebit notionem suam non obstante praescriptione rei iudicatae, quia nondum de falso quaesitum est.* Die Partei mochte befürchten, der Proconsul werde, weil er sich von der Echtheit des Testaments früher überzeugt zu haben glaubte, die Anklage wegen *falsum* zurückweisen. Vgl. l. un. C. Th. victum civiliter agere et criminaliter posse 9. 20. — [3]) Summa in Cod. h. t. — [4]) Gl. audiuntur] ad c. 2 cit., gl. repetitio] ad c. 4 cit. — [5]) Litiscontestation S. 294 N. 16. — [6]) Geschichte d. röm. Privat.-R. S. 501. N. 14. — [7]) Institutionen § 180 N. i. — [8]) Röm. Rechtsgeschichte II § 87. In c. 4 cit. findet Rudorff nur eine Wirkung der *accusatio falsi* (Note 9). — [9]) Civilprocess II, S. 716.



poscitur — nec rei iudicatae praecriptionem opponi — ex integro audiuntur — exsecutio solet suspendi et soluti dari repetitio. Aber auch der systematische Zusammenhang, in welchem wir die Stellen finden, spricht aufs bestimmteste für diese Auffassung. Paulus behandelt die *integri restitutio* in Buch I Titel 2, trägt dagegen obigen Satz zwischen solchen von der Urtheilsnichtigkeit [1]) und der *retractatio* wegen Rechenfehler vor. Ganz ebenso finden wir im Codex fern von den Titeln über Restitutionen (2. 20 bis 2. 55, darunter 2. 27: *si adversus rem iudicatam*) unsern Titel: *si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum sit* in der Reihe der vom Urtheil handelnden Titel (7. 42 bis 7. 60); die nächstvorhergehenden sind 7. 50: *quibus res iudicata non nocet,* 7. 51: *comminationes etc. auctoritatem rei iudicatae non habere.* Wetzell [2]) will die Stellen von der *actio de dolo* verstehen, wo doch aufs unzweideutigste von Wiederanstellung der alten Klage, Unzulässigkeit der *exceptio rei iudicatae* u. s. w. die Rede ist [3]).

Dass das Strafurtheil ohne weiteres ein auf dem *falsum* beruhendes Civilurtheil umstösst, ist auch vorausgesetzt in der c. 2 C. Th. ad leg. Corn. de falso 9. 19. Constantin erzählt, bisher sei es üblich gewesen, dass in Civilprocessen das Urtheil ausgesetzt wurde, wenn eine Partei Urkundenfälschung behauptete und Anklage desswegen erheben wollte. Um Verschleppungen vorzubeugen, befiehlt er nun, in solchen Fällen zunächst den Civilprocess zu entscheiden, wobei die Urkunden noch als echt gelten. Dann erst kann die Anklage erhoben werden [4]).

---

1) V 5a § 8 und doch auch § 9, denn eine *damnatio absentis* würde nichtig sein. — 2) System S. 688 Anm. 64. — 3) Ausserdem bleibt Wetzell in dem Widerspruch stecken, dass seiner eigenen Ansicht nach die *actio doli* keineswegs eine *sententia de falso* zur Vorbedingung hätte. Wobei ich bemerken muss, dass auch c. 5. 9. 11 C. ad leg. Corn. de fals. nicht, wie Wetzell meint, von der *actio doli* sprechen, sondern von erbrechtlichen Klagen, bei welchen *incidenter* ein *falsum* zur Frage kommt; ebenso wahrscheinlich c. 16 u. 17 § 1. Die Stellen sagen, dass der Richter, der über eine *vindicatio fideicommissi* oder sonstige *lis pecuniaria* zu entscheiden hat, eine darin auftauchende Fälschungsfrage *ad hoc* zu beurtheilen befugt ist, da er ja sonst die Hauptsache nicht erledigen könnte (c. 5. 11 cit.). In c. 9 cit. hat der Erbe doch gewiss kein Bedürfniss und kein Recht zur Erhebung der höchst subsidiären *actio doli,* da er, wenn er keine Anklage anstellen will, oder Begnadigung erfolgt ist, ruhig die etwaigen Klagen der angeblichen Fideicommissare abwarten und dann das *falsum* beweisen kann. Die *actio doli* würde ihm auch nur zustehen, wenn er schon einen Schaden erlitten hätte. — 4) *Cum in praeterito is mos in iudiciis servaretur ut prolatis instrumentis, si ea falsa quis diceret, a sententia iudex civilis controversiae temperaret, eoque contingeret, ut imminens accusatio nullis clausa temporibus petitorem possessoremve deluderet, commodum duximus, ut etsi alteruter litigantium falsi strepitum intulisset, petitori tamen possessorive momentum prolatorum instrumentorum conferret auctoritas: ut tunc, civili iurgio terminato, secunda falsi actio subderetur. Volumus itaque, ut primum cesset inscriptio. Sed ubi falsi examen inciderit,*

Dass deren erfolgreicher Ausgang das Civilurtheil ohne weiteres beseitigt, wird als selbstverständlich unausgesprochen gelassen. Im Justinianischen Codex c. 22 eod. 9. 22 fehlt dieser erste Theil des Constantinischen Gesetzes, dagegen haben die Compilatoren den Inhalt der Vorschrift erhalten durch ein Einschiebsel in c. 23 § 1 (= c. 4 C. Th.) eod.:

Damus licentiam litigantibus, si apud iudicem proferatur scriptura, de qua oritur aliqua disputatio, utrum de falso criminaliter statuat, qui dubitet de instrumenti fide, experiri an civiliter. Quodsi expetens vindictam falsi crimen intenderit, tunc quaestione civili per sententiam terminata criminis fiat indago etc.[1]).

Auch die Meinung der Compilatoren kann hier nur sein, dass das auf Grund der Urkunden gefällte Civilurtheil eventuell wieder kraftlos wird.

Die Frage, ob ein auf falsche Zeugenaussagen gegründetes Urtheil ebenso infolge eines Strafverfahrens (ohne *in integrum restitutio*) seine Geltung verliert, ist erst für das Justinianische Recht und nur wegen der Ueberschrift des Codextitels zu bejahen. Die *testatio* in c. 3 h. t. ist eine Urkunde, wie der Schluss des Rescripts ergiebt. Die Nichterwähnung der *falsa testimonia* bei Paulus kann nicht zufällig ein. In l. 33 D. de re iudicata 42. 1 sagt Hadrian ausdrücklich: *in integrum restitue!* und auch der Jurist (Callistratus) gebraucht den Ausdruck: *in integrum causam restituendam*[2]). Hier liegt denn auch ein bestimmter Restitutionsgrund *(dolus)* vor, da die Zeugen von der Gegenpartei bestochen worden sind.

Dagegen hatte bei *praevaricatio* eines Sachwalters das Criminalurtheil über diese allerdings die Wirkung, das vorhergegangene Civilurtheil zu entkräften; c. 1 C de advoc. div. 2. 7 Antoninus:

Si patronum causae praevaricatum putas et impleveris accusationem, non deerit adversus eum pro temeritate commissi sententia, atque ita de principali causa denuo

---

tunc ad morem pristinum, quaestione civili sententia terminata, acerrima fiat indago etc. — Planck, der dies Gesetz ausführlich bespricht (Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 233 N. 14), nimmt (gegen Jacobus Gothofredus und Heffter) an, dass Constantin mit der *sententia, qua quaestio civilis terminatur* nicht ein Endurtheil, sondern nur eine provisorische Verfügung über den Besitz meine. Ich kann mich den Bemerkungen Planck's zum Theil anschliessen, glaube aber die Stelle richtiger so zu erklären, dass die *sententia de civili controversia* ein echtes Endurtheil ist und es bleibt, wenn die *accusatio* keinen Erfolg hat, dass dagegen jenes Urtheil *ordinario iure* zusammenfällt, wenn das *falsum* erwiesen und im Strafurtheil festgestellt wird.

[1]) Dagegen ist ein sehr wesentlicher Theil der c. 4 C. Th. in c. 23 C. I. ausgefallen, der dem Richter gestattet, die *accusatio sine inscriptione* zuzulassen. — [2]) Donellus (Comm. iuris civilis lib. XXVII cap. IV §§ 10—12) bemüht sich vergebens, diese Worte als im eigentlichen Sinne gebraucht hinzustellen.

quaeretur. quodsi non docueris praevaricatum, et calumnia notaberis et rebus iudicatis, a quibus non est provocatum, stabitur.

Ueber den Standpunkt des Justinianischen Rechts schritt die spätere Entwickelung mehrfach hinaus. Die Bearbeitung dieses Rechts gelangte sowohl im Byzantinischen Reich als unter den Händen mancher Civilisten und Canonisten dahin, die Geltung der Urtheile noch unmittelbarer von der Unverfälschtheit der Urtheilsgrundlagen abhängig zu machen.

In den Basiliken sind l. 11 D. de except. und der Tit. Cod. si ex falsis instrumentis (und zwar auch c. 1, s. o. S. 126 Anm. 2) derart umgearbeitet, dass sie klar aussprechen: ein auf falsche Urkunden gegründetes Urtheil ist nichtig, ohne dass vorher ein Strafverfahren stattgefunden haben müsste. Und l. 33 de re iud. wird in einer Gestalt wiedergegeben, dass sie aufs bündigste erklärt: das auf Grund erkaufter Zeugenaussagen gefällte Urtheil ist nichtig:

Bas. LI. 1, 11: — *ἐπειδὴ καὶ ψήφου ἀπὸ πλαστῶν δικαιωμάτων ἀναγιγνωσκομένης οὐχ ἁρμόζει ἡ περὶ τῶν κεκριμένων ἀγωγή* (l. 11 D. 44, 1).

Bas. IX, 3, 102: *Ἐὰν ὡς διαθήκης προενεχθείσης ἔκρινεν ὁ ἄρχων, μετὰ δὲ ταῦτα ηὑρέθη πλαστὴ ἐκείνη ἡ διαθήκη, κινεῖται ἄνωθεν τὸ δικαστήριον, μὴ ἀντικεκειμένης τῆς ἀπὸ τῆς καταδίκης παραγραφῆς* (c. 1 C. 7. 58)[1]).

103: *Ἡ διάταξίς φησιν, ὅτι καὶ χωρὶς ἐκκλήτου ἄχρηστος ἡ ἀπόφασις ἡ ἀπὸ πλαστῶν δικαιωμάτων γενομένη* (c. 2 eod.).

104: *Ἡ διάταξις κάλλιστον λέγει νόμιμον, ὅτι κἂν τὰ μάλιστα δύνηταί τις ἀποδεῖξαι πλαστὸν δικαίωμα προενεχθὲν ἐν τῷ δικαστηρίῳ, ὅμως οὐκ ἄλλως ἀνατρέπει τὴν ἀπόφασιν, εἰ μὴ ἀποδείξει, ὅτι ὁ δικαστὴς ἀκολουθήσας ἐκείνῳ τῷ δικαιώματι κατεδίκασεν αὐτόν* (c. 3 eod.).

105: *Εἰ ἀπὸ πλαστῶν δικαιωμάτων καταδικασθῇ τις, χρὴ ὑπερτεθῆναι τὸν τῆς ἀποφάσεως ἐκβιβασμόν* (c. 4 cod.).

33. *Εἰ ψευδεῖς ἐπὶ δόσει παραγαγὼν τις μάρτυρας νικήσει, καὶ αὐστηρῶς τιμωρεῖται καὶ τὰ κριθέντα οὐ κρατεῖ* (l. 33 D. 42. 1).

Mit nicht zu verkennender Absicht sind hier aus den Codexstellen c. 2 und c. 4 h. t. die Worte entfernt, welche ein vorgängiges Criminalurtheil *de falso* als Bedingung für die Entkräftung des Civilurtheils erscheinen lassen; letzteres wird als von

---

[1]) Durch Weglassung des Schlusssatzes von c. 1 C. si ex falsis 7. 58: — *quia nondum de falso quaesitum est,* und durch Veränderung der Worte *praebebit notionem suam* in *κινεῖται ἄνωθεν τὸ πρᾶγμα* entsteht genau der Sinn, den man der Originalstelle meistens beilegt, vgl. oben S. 126 Anm. 2.

vornherein nichtig betrachtet. Aus l. 33 de re iud., nach welcher der Richter die Schuldigen strafen und die geschädigte Partei *in integrum* restituiren soll, wird hier der Satz: der Schuldige ist zu bestrafen und das Urtheil gilt nicht[1]).

Unter den Glossatoren und den späteren Auslegern[2]) nehmen einige den Standpunkt der Basiliken ein: sie halten die fraglichen Urtheile für nichtig[3]). Andere kommen, so entschieden sie dieser Ansicht entgegentreten, zu einem praktisch gleichwerthigen Ergebniss, indem sie der Geltendmachung solcher Urtheile für immer die *exceptio* oder *replicatio falsi*[4]) bez. *doli*[5])

---

[1]) Dagegen ist mit c. 1 C. de advoc. div. iud. 2. 7 eine derartige Veränderung nicht vorgenommen: Bas. VIII, 1, 18. — [2]) Sehr reichhaltige Darstellungen ihrer Controversen über die hierhergehörigen Fragen bei Oddus, de restitutionibus in integrum qu. 77 n. 1—56, qu. 78 n. 1—86, Scaccia, de sententia et re iudicata, gl. 14, qu. 32, n. 1—80. — S. noch Brunnemann ad l. 33 de re iud., c. 1 de advoc. div. 2. 7, tit. Cod. si ex falsis. — [3]) Placentinus, Summa in Codicem, tit. si ex falsis. — Ricardus Anglicus (Ordo iudiciarius ed. Witte p. 45 s.) zählt als Fälle der *retractatio sententiae* ohne Unterschied solche, wo das Urtheil von Anfang an nichtig ist oder Rechenfehler vorliegen, und die Fälle der Prävaricatio, der falschen Urkunden, der bestochenen Zeugen auf. Die *retractatio* wegen falscher Urkunden lässt er nur während 20 Jahren zu, auf Grund missverständlicher Auslegung von c. 12 C. ad leg. Corn. de fals. 9. 22. Auch Damasus (Summa de ordine iudiciario tit. 85) und vor allen Innocenz III. in c. 6 X. de except. 2. 25 deuten die *querela falsi* der c. 12 C. cit. auf eine *retractatio sententiae* statt auf die *accusatio*. Die gl. *veritate comperta*] zu c. 6 X. cit. nimmt an, die *sententia falsorum instrumentorum praetextu lata* habe vorerst volle Geltung, *quousque falsitas revelata fuerit . . . tunc primo apparet quod nulla fuit, et ideo tunc pronunciabitur nulla.* — Eine von vornherein bestehende Nichtigkeit nimmt Cujacius an, — wohl auf Grund der Basiliken (Comm. in Cod. si ex falsis: . . . *at si ex falsis instrumentis iudicaverit et hoc probetur liquido, sententia ipso iure citra appellationem*, l. 2 h. t., *quia habet, ut eleganter Theodorus ait,* αὐτόθεν τὸ ἀνίσχυρον, *id est laborat irrita vitio intestino et per se nulla est ipso iure*). Ihm folgt Dionysius Gothofredus (ad h. l.). — Viele halten ein auf Grund falscher Urkunden oder Zeugnisse ergehendes Urtheil wenigstens dann für nichtig, wenn es gegen einen Minderjährigen (Azo, Summa in Cod. h. t.; gl. *audiuntur*] ad c. 2 C. h. t.; — wegen c. 1. 2 C. si tutor 5. 63) oder gegen einen Abwesenden (Bartolus ad l. 33 de re iud.; Oldendorp, de sententia et re iud. cap. 113; — wegen l. 75 de iud. 5. 1) gesprochen worden ist. — [4]) Tancredus (Ordo iudiciarius IV, 3 § 3) trägt eine sehr entwickelte Lehre von der Rescission der gültigen *sententia per falsos testes vel falsa instrumenta lata* vor. Lassen wir die canonischen Rechtssätze bei Seite, so wird als römisches Recht hingestellt: 1. *querela falsi usque ad XX annos;* 2. *in integrum restitutio* und 3. *actio in factum*, beide *usque ad XL annos, quoniam per litiscontestationem perpetuata fuit actio;* 4. *exceptio vel replicatio*, beide *perpetuae.* Tancred's eigenthümliche Ansicht von 40jähriger statt 4, bez. 30jähriger Verjährung der *in integrum restitutio* und der *actio in factum* vermochte sich nicht zu behaupten. — Gl. querela] ad c. 12 C. ad leg. Corn. de fals. 9. 22. Durantis, Speculum l. II, p. III, r. de sent. § V n. 5. Odofredus ad l. 33 D. de re iud., n. 3. — [5]) Donellus (Comm. iur. civ. l. XXVII c. 4 §§ 5—13) lehrt: allen durch *conspiratio*

entgegenstehen lassen. Wieder andere wollen bloss die *exceptio*, nicht die *replicatio falsi* gelten lassen. Der *ex falsis instrumentis* abgewiesene Kläger bedarf also zur Erneuerung der Klage einer *restitutio in integrum;* der *ex falsis instrumentis* verurtheilte Beklagte bedarf derselben dagegen nur zur Erwirkung eines neuen freisprechenden Urtheils, nicht dagegen zur Abwehr der Vollstreckung [1]). Die herrschende Meinung verweist auch den verurtheilten Beklagten schlechthin auf *in integrum restitutio* [2]).

Während die Basiliken IX, 3, 33 noch bestochene Zeugen voraussetzen, gewann die Ansicht, dass die Bestechung in l. 33 de re iud. nicht wesentlich sei, schon unter den Glossatoren die Oberhand [3]).

Einig ist man darin, eine vorherige criminelle Verurtheilung *de falso* etc. nicht für erforderlich zu halten. Der Nachweis des Verbrechens kann gelegentlich des Restitutionsbegehrens, bez. der Einrede, Replik u. s. w. geführt werden.

Wenn unser geltendes Recht (Reichs-Civilprocessordnung §§ 543 ff.) bei der *sententia ex falsis instrumentis vel testibus dicta* und in den sonstigen ähnlichen Fällen die „Restitutionsklage" grundsätzlich nur nach rechtskräftiger strafrechtlicher Verurtheilung eintreten lässt, übrigens aber diese Restitutionsklage mit der Nichtigkeitsklage zu einem Institut: „Wiederaufnahme des Verfahrens" verschmilzt, so entspricht wenigstens dies: dass nach ergangenem Strafurtheil das auf Urkundenfälschung u. dergl. beruhende Civilurtheil wie ein „nichtiges" Urtheil behandelt wird, dem reinen römischen Recht. Modern ist, dass in allen diesen Fällen die Vernichtung des mangelhaften Urtheils erst durch Klage herbeigeführt werden muss.

IV.

Wir haben gesehen, wie bei Ungültigkeit des Urtheils, mag sie *ipso iure* oder *ope replicationis* geltend zu machen sein, mag sie von vornherein bestehen oder erst nachträglich eintreten,

---

et machinatio des Gegners erwirkten Urtheilen könne man *exceptio* oder *replicatio doli* entgegenhalten. Hierauf bezieht er l. 33 de re iud., l. 11 de except., c. 1 C. de adv. div., tit. Cod. si ex falsis und gedenkt nicht der Stellen, welche wirklich von solcher *exceptio* und *replicatio doli* handeln (s. oben unter II).

[1]) Bartolus ad l. 33 de re iud. n. 8. 9, Oldendorp. Enchiridion exceptionum cap. 63, Scaccia l. c. n. 63. 69. — [2]) Bei Scaccia l. c. n. 69 erscheint diese Meinung noch keineswegs als die herrschende. — [3]) Haenel, Dissensiones dominorum p. 201 (Johannes Bassianus gegen Placentinus); Azo, Summa in Cod. tit. 7. 58; gl. corruptis] ad l. 33 cit. Odofredus, Bartolus ad l. 33 cit.; Cuiacius ad Cod. 7. 58. — Donellus (l. c. §§ 7—9) hält in l. 33 nur die *conspiratio adversariorum* für materiell wesentlich; die Arglist des Gegners lasse sich aber nicht beweisen, wenn er die Zeugen nicht bestochen, sondern nur überredet habe (?).

ex integro geklagt werden kann, ohne dass irgend eine der besprochenen Quellenstellen Anstoss daran nimmt, dass jene Klage, wenn auch ungültig abgeurtheilt, doch gültig *in iudicium* deducirt war. Ebensowenig lassen die Stellen, welche von *in integrum restitutio adversus rem iudicatam* handeln, irgendwie erkennen, dass es daneben noch einer Restitution gegen die Litiscontestation bedürfe, damit die alte Klage wiederholt werden könne. Ist ein Process durch Vergleich beendet, aber der Vergleich von der einen Partei durch Betrug erwirkt, so hat die andere *actio de dolo* oder aber die alte Klage mit *replicatio doli*, je nachdem der Vergleich jene *ipso iure* aufhob (vgl. l. 27 § 2 de pactis 2. 14) oder nur *exceptio pacti* erzeugte; die consumirende Wirkung der Litiscontestation kommt nicht in Betracht[1]).

Wenn es wahr wäre, was Gajus sagt, dass durch die Litiscontestation über eine *in iudicio legitimo* zu verhandelnde *actio in personam in ius concepta* das *dare oportere* aufhört, und darum nicht zum zweiten Mal *de eadem re* geklagt werden kann, — wenn in allen anderen Processen die Litiscontestation eine *exceptio perpetua* von entsprechender Bedeutung erzeugte, so könnte in den besprochenen Fällen nicht *ex integro* geklagt werden, mochten auch Urtheil oder Vergleich ungültig oder durch Restitution beseitigt sein.

Nun ist aber das: *„litis contestatione dari oportere desiit"* (Gai. III. 181) ohnehin nicht wörtlich zu nehmen; sonst hätte im Formularverfahren schon der erste Process stets verloren gehen müssen[2]). Für den *iudex* dieses ersten Processes ist die *intentio: si paret eum dare oportere* noch wahr, und nur für einen zweiten Process würde sie es nicht mehr sein. Aber auch in einem zweiten Process kann gleichwohl das *dari oportere* noch Anerkennung finden, wie Gajus selbst an anderer Stelle (l. 8 de comp. 16. 2) ausspricht: *in compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est —;* nur die zweite Klage *de eadem re* ist ausgeschlossen.

Kommt hinzu, dass die früher besprochenen Stellen, darunter

---

[1]) C. 19 C. de transact. 2. 4 Diocletian. u. Maximian.: .... *Sane si per se vel per alium, subtractis instrumentis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur, si quidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur, si vero iam peremta est, intra constitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere.* Unter der *decisio litis* ist doch wohl ein processbeendender Vergleich zu verstehen. In den beiden Constitutionen des Tit. Cod. si adversus transactionem 2. 31 scheint dies nicht der Fall zu sein. — [2]) Jener Satz stammt aus der Zeit vor Einführung des Formularprocesses. Bei der *legis actio sacramento* wurde untersucht, *utrius sacramentum iustum esset*, und dies war nach den der Litiscontestation vorangegangenen Rechtsbehauptungen, auf die das *sacramentum* sich bezog, zu beantworten. Mit dieser Gestalt des Verfahrens vertrug sich jener Satz vollkommen.

so allgemein redende wie Paul. sent. V 5a §§ 8. 10 ein *ex integro agere* zulassen, ohne für den Fall der „direkten Consumtion“ eine Ausnahme zu machen, so muss man wohl annehmen, dass zu ihrer Zeit auch diese direkte Consumtion durch Litiscontestation eine nur bedingte, vorläufige ist, dass erst gültiges Urtheil, gültiger Vergleich oder Erlöschen des *iudicium* sie definitiv machen, während die Beendigung des Processes durch ungültiges Urtheil oder ungültigen Vergleich sie schwinden lassen.

Gern werden wir glauben, dass im Legisactionenprocess die Consumtion durch Litiscontestation eine volle Wahrheit war. Auch die *ipso-iure*-Consumtion des Formularprocesses dürfte sich zunächst genau an dieses Vorbild angelehnt, es einfach nachgebildet haben. Dagegen scheint mir die Consumtion des prätorischen Rechts, die Consumtion *per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae* von vornherein keine blosse Nachbildung der civilrechtlichen Consumtion zu sein: vielmehr trat jener Consumtion durch Litiscontestation die Consumtion durch das Urtheil gegenüber, ergänzt durch die *exceptio rei in iudicium deductae;* — und diesem entwicklungsfähigeren Institut scheint sich später die civilrechtliche Consumtion assimilirt zu haben.

Keller gründet seine Ansicht auf den „offenbaren Parallelismus zwischen den beiden zerstörenden Wirkungen, welche die L. C. und das Urtheil in der einen Classe von Fällen auf direkte Weise haben, auf der einen Seite, und den beiden *exceptiones rei in iudicium deductae* und *rei iudicatae,* als Organen einer der Grund-Idee nach gleichen indirekten Wirkung, die in der zweiten Classe von Fällen eintritt, auf der andern Seite“[1]). Diesen Parallelismus findet er in den Stellen von Gajus III. 180. 181, IV, 106—108, namentlich in der ersteren ausgesprochen. Mir fällt in diesen Stellen vielmehr der Gegensatz auf, den Gajus hervorheben will. Auf der einen Seite Consumtion durch Litiscontestation, keine Consumtion durch Urtheil auf der anderen Seite keine Consumtion durch Litiscontestation, aber Schutz durch *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae.* Von einer Consumtion der Actio durch das Urtheil im Legisactionenprocess und bei den *iudicia legitima* des Formularprocesses (unter den bekannten Voraussetzungen) sagt Gajus kein Wort; — und wenn die Actio schon durch die Litiscontestation verbraucht war, so konnte sie in der That nicht zum zweiten Male untergehen. Dass mit dem Urtheil das *condemnari oportere,* das *teneri litis contestatione* aufhört, ist etwas Selbstverständliches, was nur sehr äusserlich mit der Consumtion durch Litiscontestation zusammengestellt wird (III, 180). Auch bei *formulae in rem* oder *in factum conceptae,* auch *in iudicio imperio continenti* hört *ipso iure* mit dem Urtheil das *condemnari opor-*

[1]) Litiscontestation und Urtheil S. 106 f.

tere auf und beginnt, wenn condemnirt wird, das *iudicatum facere oportere.* Die von Keller gezogene Parallele muss also daran scheitern, dass es in den Fällen der „direkten" Consumtion gar nichts giebt, was der *exceptio rei iudicatae* entspräche.

Sodann lässt aber schon die Darstellung von Gajus erkennen, dass auch das andere Glied der Parallele nicht stimmt. Wenn erst die Litiscontestation, dann das Urtheil dort *ipso iure,* hier *per exceptionem* consumirend eingreifen, warum vertauscht Gajus dann stets die natürliche Reihenfolge, warum nennt er die *exceptio rei in iudicium deductae* stets [1]) an zweiter Stelle? Dies erklärt sich vollkommen, wenn wir annehmen, dass das prätorische Recht die Consumtion grundsätzlich an das Urtheil knüpfte, daneben aber noch einer *exceptio rei in iudicium deductae* bedurfte, um bei noch schwebendem erstem Process die Rechtshängigkeit geltend zu machen, und wohl auch für den Fall, dass der erste Process ohne Urtheil erloschen war[2]).

Keller[3]) erklärt den „selteneren Gebrauch" der *exceptio rei in iudicium deductae* aus ihrer geringeren Brauchbarkeit: „Diese konnte nämlich auf allen Fall bloss zur Geltendmachung der negativen, zerstörenden Wirkung des Processes gebraucht werden; man hätte also hier jedes Mal genau untersuchen müssen, ob nur diese und nicht etwa der positive Inhalt des Urtheils in Frage komme. Dagegen die *exceptio rei iudicatae* passte auf beides ohne Unterschied, und so ist es begreiflich, dass sie als das sicherere und allgemeinere Rechtsmittel die viel beschränktere *exceptio rei in iudicium deductae,* soweit beide concurrirten, d. h. für die ganze Zeit nach dem Urtheil, im praktischen Gebrauche verdrängte u. s. w." Auch wer mit Bekker, Dernburg, Brinz nur an eine Funktion der *exceptio rei iudicatae* zu glauben vermag, an die negative, kann soviel zugeben, dass diese *exceptio* ein weiteres Anwendungsgebiet hatte, als die *exceptio rei in iudicium deductae,* dass nämlich dem früheren Beklagten gegenüber die erstere Einrede zustehen konnte, wenn das Urtheil mittelbar über sein Recht entschieden hatte, während die *exceptio rei in iudicium deductae* hier nicht anwendbar war[4]). Aber es bleibt doch ein weites Gebiet, auf dem beide Einreden genau dieselben Dienste leisten würden, — nur dass sich derjenige, der die *exceptio rei iudicatae* wählt, ohne Noth der begründeten oder böswilligen Behauptung:

---

[1]) Auch IV, 121. — [2]) Es könnte freilich zur Geltendmachung dieses Erlöschens (Gai. IV, 104) auch eine besondere *exceptio* gegeben haben, doch hätte sie Gajus schwerlich unerwähnt gelassen. — [3]) Litiscontestation S. 234 f. — [4]) Siehe namentlich l. 15 D. de exc. rei iud. 44. 2 (Gaius). Der Gebrauch der Compensationseinrede begründete gewiss nicht *exceptio rei in iudicium deductae,* wohl aber erwuchs aus der mittelbaren Aberkennung der Gegenforderung im ersten Process *exceptio rei iudicatae* gegen deren spätere Einklagung: l. 7 § 1 D. de comp. 16. 2.



iudicatum non est aussetzt, dass er den Process verliert oder sein Sieg sich verzögert, wenn der Gegner Nichtigkeit des Urtheils vorschützt.

An dem Nebeneinanderbestehen der beiden *exceptiones*, wie Keller es lehrte, haben viele Anstoss genommen. Keller selbst äussert sich später zweifelhaft [1]). Bethmann-Hollweg liess (in den 1827 erschienen „Versuchen" S. 152) die *exceptio rei iudicatae* an die Stelle der *exceptio rei in iudicium deductae* treten, so dass erstere nur dazu diente, Rechtshängigkeit oder Processverjährung geltend zu machen [2]). Auch Zimmern [3]), Savigny [4]), Bekker [5]), Kleinschrod [6]) beschränken die Zulässigkeit der *exceptio rei in iudicium deductae* auf Fälle, wo es zum Urtheil nicht gekommen ist [7]). Krüger [8]) hält Keller's Annahme fest: „Es bleibt freilich immer noch wunderbar, weshalb man zwei Rechtsmittel zu demselben Zwecke eingeführt hat, doch verliert auch dies an seiner Befremdlichkeit, wenn man davon ausgeht, dass nur eine verschiedene Fassung derselben *exceptio* vorliegt, und dass, wie wir sehen werden, erst eine neue Entwicklung die *exceptio rei iudicatae* zu einer Bedeutung erhob, welche derselben eine selbständige Stellung anwies." Bethmann-Hollweg ist der einzige, der später [9]) auf den ebenso naheliegenden als wichtigen Umstand hingewiesen hat, dass die *exceptio rei iudicatae* dem Beklagten nichts nützt, wenn der Kläger die Nichtigkeit des Urtheils nachweist. Er nimmt darum an, dass der Beklagte sich auch nach dem Urtheil einer zweiten Klage gegenüber der *exceptio rei in iudicium deductae* bedienen oder beide Einreden combiniren konnte, da die der ersteren zu Grunde liegende Thatsache doch nicht aufgehört hatte wahr zu sein [10]).

An dem Nebeneinanderbestehen der beiden Exceptionen wäre in Wahrheit nicht die Fortdauer der *exceptio rei in iudicium deductae* seltsam und räthselhaft, sondern das Hinzutreten der *exceptio rei iudicatae*. Diejenigen, welche ihr eine positive Funktion oder doch ein weiteres Anwendungsgebiet zuschreiben, nehmen meist an, dass sich diese positive Funktion, diese Er-

---

[1]) Römischer Civilprocess § 71 N. 844. — [2]) Versuche S. 151. Anm. 18. 23. — [3]) Gesch. III, S. 418. — [4]) System VI, S. 267. — [5]) Processual-Consumtion S. 278. — [6]) Processual-Consumtion S. 39 f. — [7]) Rümelin, Zur Lehre von der *exceptio rei iudicatae* lässt diese Fälle und die *exceptio rei in iudicium deductae* unbeachtet, so dass es ihm nicht gerade schwer wird, die processuale Consumtion aus der Rechtskraft des Urtheilsinhalts, der Wahrheitsfiktion, abzuleiten (§ 8). — [8]) Processual. Consumtion S. 50. — [9]) Römischer Civilprocess II, S. 402. Anm 31. — [10]) Dieses Argument reicht gewiss hin die Möglichkeit einer Fortdauer der *exceptio rei in iudicium deductae* auch nach dem Urtheil darzuthun. Verfehlt wäre es, wenn man hierdurch allein die wirkliche Fortdauer bewiesen glaubte. Denn auch andere *exceptiones in factum conceptae* wie die *exceptio rei venditae traditae, pignoratae* können fortfallen, ohne dass ihr Wortlaut unwahr geworden wäre.

weiterung und Verfeinerung des Consumtionsgedankens erst entwickelt habe, nachdem die *exceptio rei iudicatae* in ihrer negativen Funktion schon da war[1]). Wie aber konnte diese Entwicklung jemals beginnen? Wie kam der Prätor dazu eine überflüssige und gefährliche *exceptio* einzuführen? Wenn schon die Litiscontestation das Klagrecht consumirte, konnte nur ein Thor sich auf das Urtheil berufen und so den Einwand der Nichtigkeit herausfordern. Und warum diese Thorheit durch Aufstellung einer *exceptio rei iudicatae* ermöglichen, warum diese besondere *exceptio,* welche eine völlig unerhebliche Thatsache geltend macht?

Unsere früheren Betrachtungen haben gezeigt, dass es nicht so ist, wie Bethmann-Hollweg meint, dass vielmehr die processuale Consumtion mit dem Urtheil steht und fällt. Sie tritt gar nicht ein, wenn dieses *ipso iure* nichtig oder *ope replicationis* unwirksam ist; es kann *ex integro* geklagt werden, wenn infolge eines Strafprocesses das Civilurtheil hinfällig wird; die *restitutio contra rem iudicatam* beseitigt die Consumtion. Bei Beendung des Processes durch Vergleich steht nur die *exceptio pacti,* nicht die *exceptio rei in iudicium deductae* neuer Klage entgegen.

Die *exceptio rei in iudicium deductae* bedeutet also nicht den Untergang des geltend gemachten Klagerechts, der erst durch gültiges Urtheil, gültigen Vergleich, Processverjährung eintritt. Wenn l. 14 § 13 quod metus causa 4. 2 sagt:

> *Eum qui metum fecit, et de dolo teneri certum est; et ita Pomponius: et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita* (Ulpian), —

so ist freilich gemeint: *utramque consumi,* aber in Wahrheit zerstört die Litiscontestation nur die andere, die nicht angestellte Klage. Wir werden annehmen, dass in all den besprochenen Fällen das *ex integro agere* nicht mit völliger Wahlfreiheit, als ob keine Litiscontestation stattgefunden hätte, geschehen konnte. Die „rechtliche Verarbeitung des Klagerechts", die Bestimmtheit, die es durch die Litiscontestation erlangt hatte, nachdem vorher der Kläger zwischen verschiedenen Klagen, verschiedenen Beklagten wählen durfte, oder von mehreren *correi credendi* einer dem andern zuvorkommen konnte, diese Bestimmtheit mochte bestehen bleiben, so dass das *ex integro agere,* wo es statthatte, eine genaue Erneuerung gerade des früheren Processes sein musste. Diese Bedeutung der Litiscontestation konnte das prätorische Recht beibehalten, auch wenn es die Consumtion grundsätzlich an das Urtheil knüpfte.

In dreifacher Richtung wich die processuale Consumtion des prätorischen Rechts von der aus dem Legisactionenprocess überkommenen civilrechtlichen ab:

---

[1]) Anders freilich Keller, Litiscontestation S. 231; s. aber Keller, Civilprocess §§ 72. 73, Krüger a. a. O. S. 152 ff. 175.

Sie trat auch dann ein, wenn ohne Litiscontestation, ohne *in iudicium deducere,* es zur *res iudicata* gekommen war[1]).

Sie gestattete ein *ex integro agere,* wenn das Urtheil oder der Vergleich, wodurch der Process beendet wurde, von vornherein nichtig oder unwirksam war oder es später wurde.

Sie hatte zum Gegenstand nicht den der Litiscontestation, sondern den des Urtheils, und konnte darum die Erscheinungen, die Keller als positive Funktion der *exceptio rei iudicatae* betrachtet, hervorbringen.

Als endlich die Formeln und ihre Alternative: *s. p. condemna, — s. n. p. absolve!* verschwanden, — als Urtheile, welche die Klage bloss zur Zeit abweisen, möglich wurden, waren die Grundsätze der prätorischen Consumtion schon die allgemein herrschenden. Die Wiederanstellung einer durch das Urtheil nicht zerstörten, sondern vorbehaltenen Klage widersprach ihnen nicht. So kam es, dass von Zeno's 486 oder 487 erlassenem Gesetz[2]) (c. 1 C. de plus petitionibus 3. 10) die *plus petitio tempore* gänzlich straflos war[3]).

Nach mündlicher Mittheilung gedenkt Lenel mit der Ansicht aufzutreten, dass es weder neben- noch nacheinander die beiden hier erörterten Exceptionen, sondern vor und nach Beendigung des ersten Processes nur eine *exceptio* mit alternativer Fassung gab[4]). In der That spricht Gajus an den drei bekannten Stellen gleichmässig nur von einer *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae,* was an der letzten Stelle (IV, 121) besonders auffallend ist.

Dieser der Ausdrucksweise von Gajus entnommene Grund verdient gewiss Beachtung; man muss sich wundern, dass er sie noch nicht gefunden hat. Aber er ist nicht so stark, um sachliche Bedenken zu überwinden. Bei dem Verhältniss, das zwischen den beiden Exceptionen herrscht — die eine gleichsam der vorausgeworfene Schatten der anderen, die zweite die erste ablösend, beide zusammen erst denjenigen Schutz herstellend, den die eine Regel: *bis de eadem re ne sit actio* im Legisactionenprocess, den die *ipso iure*-Consumtion des Formularprocesses gewährte —

---

[1]) Paul. sent. V 5 a § 1: *Res iudicatae videntur ab his qui imperium potestatemque habent . . . itemque a magistratibus municipalibus usque ad summam qua ius dicere possunt.* — [2]) Ein Rescript Diocletian's (Consultatio V) bezeugt noch das alte Recht der *plus petitio* und ist in den Codex Hermogenianus (Ende des 4. Jahrhunderts) aufgenommen. Das Westgothische Gesetzbuch enthält in Paul. sent. I, 10 das alte Recht. — [3]) Krüger a. a. O. S. 208 f. — Justinian's Institutionen überspringen freilich diese Zwischenzeit. Ihre Darstellung giebt nur den Inhalt der den Verfassern gerade vorliegenden Quellen. Das waren einerseits Gajus, andererseits die Gesetze Zeno's und Justinian's, während der vor Zeno bestehende Rechtszustand weder auf Gesetzen beruhte noch auch literarisch bearbeitet war. — [4]) [Edict S. 403 f.]

bei diesem innigen Verhältniss hat ihre grammatische Verbindung bei Gajus nichts der bisherigen Ansicht Widersprechendes[1]).

Einer *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae,* wie Lenel sie annimmt, stehen dieselben Gründe entgegen, die gegen eine fortdauernde *exceptio rei in iudicium deductae* sprechen. Wäre statt der *exceptio rei iudicatae* jene alternativ gefasste Einrede gegeben worden, so hätte es dem Kläger nichts geholfen, die Nichtigkeit des Urtheils nachzuweisen. Wir wissen jedoch, dass er bei Nichtigkeit des Urtheils *ex integro* klagen konnte. Wer aber die Ansicht festhalten will, dass schon die Litiscontestation das Klagrecht für immer zerstörte, der vermag die dann völlig überflüssige Erwähnung des Urtheils in dieser *exceptio* (und zwar an erster Stelle) nicht zu erklären.

Miscellen.

Die Vatikanischen Scholien zum Codex Theodosianus.

Die Scholien der Vatikanischen Handschrift Reg. 886, welche die letzten acht Bücher des Codex Theodosianus enthält, sind von G. Hänel aus seiner Abschrift in den Antiqua summaria Codicis Theodosiani ex codice Vaticano, Lipsiae 1834 veröffentlicht worden. Sie haben erst in den letzten Dezennien genauere Beachtung gefunden, am eingehendsten bei Fitting in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte (1872) 10 S. 317 bis 341, ausserdem noch in der soeben erschienenen trefflichen Rechtsgeschichte von Karlowa I S. 963f. Dabei ist stillschweigend die Zuverlässigkeit der Hänel'schen Ausgabe vorausgesetzt worden, was insofern berechtigt war, als Hänel ziemlich allgemein für einen fleissigen und sorgsamen Herausgeber galt, dem auch im Lesen von Handschriften grosse Erfahrung zugeschrieben wurde. Zweifel gegen die Zuverlässigkeit Hänel'scher Vergleichungen sind freilich schon seit langer Zeit gehegt worden; sie fanden zuerst im weitesten Maasse ihre Bestätigung durch die Vergleichung der Haupthandschriften der sententiae Pauli, welche Degenkolb vor etwa 20 Jahren angestellt hat. Hänel scheint geglaubt zu haben, dass es für einen kritischen Apparat nur

---

[1]) Die deutsche Civilprocessordnung zählt in § 247 die processhindernden Einreden auf, zum Schluss: „6. die Einrede der mangelnden Processfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung.“ Dies sind zwei ganz verschiedene Einreden: eine Fähigkeitseinrede gegen die selbst klagende Partei, eine Vollmachtseinrede gegen den *falsus tutor, curator* etc.

darauf ankomme, alle irgendwo vorkommenden Varianten aufzuspüren, so dass der Umfang des handschriftlichen Materials die Genauigkeit in den Angaben über die einzelnen Handschriften ersetzen konnte. Diese Erfahrung hat mich genöthigt von dem Hänel'schen Apparat für Paulus ganz abzusehen und auch bei Herausgabe des Codex Iustinianus vom Theodosianus als dem wichtigsten kritischen Hülfsmittel eine selbstständige kritische Grundlage zu schaffen.

Veranlasst durch die Untersuchungen Fitting's über die Scholien habe ich gelegentlich eines Besuchs der Vatikanischen Bibliothek Ostern 1879 eine Probevergleichung der Scholien gemacht; sie zeigte, dass Hänel das Abschreiben der Handschriften nicht besser geglückt ist als das Vergleichen. Es stellt sich als dringend nothwendig heraus, dass von kundigerer Hand eine Nachvergleichung und neue Ausgabe der Scholien unternommen werde.

Die Hauptfehler Hänel's sind folgende:

Er hat falsch gelesen, z. B. 9, 1, 8 *nisi* statt *sine,* 9, 1, 10 *inquiri* statt *per(?)quirere,* 9, 1, 18 *celeriter* statt *celerius,* 9, 2, 3 *maluerit* statt *ualuerit,* 9, 2, 4 *praecepit* statt *praeceperit,* 9, 2, 5 *lucide mandare* statt *iudici demandare,* 9, 3, 6 *ex* statt *c̄c* (= *contra*).

Worte sind ausgelassen: 9, 1, 10 *est* vor *commissum,* 9, 3, 5 *d̄* (= *dicit*) vor *commentariensem.*

Lücken der Handschrift, durch Wegschneiden des Randes entstanden, sind theils übergangen: 9, 1, 5 hinter *sermone,* theils stillschweigend ausgefüllt: 9, 1, 5 *accusa[re li]ceat sed inscrib[tione].* Ebenso sind schwer lesbare Stellen nach Gutdünken ergänzt: 9, 7, 8 *cum,* wo *ā..* steht.

Ebenso stillschweigend sind Fehler des Schreibers beseitigt: 9, 2, 3 *pari* statt *par* und *eandem . . . poenam mansuram* statt *eadem . . . poena mansurum* (oder *—am*) 9, 2, 6 *auxilio* statt *ausili,* 9, 3, 7 *discutiant* statt *discutiat.*

Die Korrekturen in der Handschrift sind nicht angegeben: 9, 2, 6 steht vor *confessione* noch *sub* korrigirt in *s̄*, 9, 3, 4 stand *fuerit* statt *fecerit.*

Unrichtige Auflösung einer Abkürzung ist z. B. 9, 2, 6 *quis* statt *qui* aus *q* mit übergeschriebenem *i*[1]).

Endlich sind die verschiedenen Scholiasten nicht richtig aus einander gehalten. Hänel unterscheidet zwischen zwei der Schrift nach sowohl unter sich als mit dem Text selbst ungefähr gleichzeitigen als prima und secunda manus[2]); er giebt aber nicht an, dass z. B. 9, 6, 2 der zweiten Hand angehört. Uebersehen hat Hänel auch, dass noch

---

[1]) Fitting a. a. O. S. 330 hat schon darauf hingewiesen, dass Hänel zu 9, 23, 1 die Abkürzung *r* (durchstrichen) für *responsis* (oder *—so*) nicht verstanden hat.

[2]) Wunderlicher Weise hält er es für möglich, dass die der secunda manus angehörigen Scholien älter seien, trotzdem sie überall hinter den anderen stehen; die angeblichen Ausnahmen dieser Stellung beruhen auf Irrthum Hänel's, 12, 1, 11 Anfang gehört zu c. 10; 12, 13, 4 ist ganz von erster Hand.

jüngere Randbemerkungen aus dem 9. oder 10. Jahrhundert in der Handschrift stehen. Von dieser Hand stammen z. B. 9, 3, 5 die Worte *De commentariensi* und die Scholen 9, 3, 7[1]). 9, 7, 6.

Diese Blüthenlese von Fehlern bezieht sich auf anderthalb Seiten der Ausgabe und ist für diese nicht einmal erschöpfend. Hiernach mag man ermessen, wie lohnend die Ausbeute einer Nachvergleichung ausfallen muss. Dazu kommt noch, dass Hänel eine Reihe nicht leicht lesbarer oder verstümmelter Scholien übersprungen hat, z. B. zu 9, 1, 5. 13[2]).

Aus den späteren Abschnitten mögen sich noch ein Paar der wichtigsten Berichtigungen hier anschliessen. Als massgebend für die Zeitbestimmung galt bisher das Scholion zu 10, 19, 10, wo Hänel liest:

Quicunque sub terra laboris inquisitionen pro lucro succenditur (?), fisco partem decimam, domino Valentiniano offerat decimam.

Fitting[3]) bezieht dies auf Valentinian III[4]) und lässt deshalb die Scholien erster Hand noch vor dem Tode desselben abgefasst sein. Nun steht aber statt *Valentiniano* das dem Text allein entsprechende *alteram.*

Zu 9, 35, 3 lautet der Text erster Hand (das voraufgehende ist von der Hand des 10. Jahrhunderts): *Jubet exceptos esse senatores in inquisitione a poe**.*

Bei 11, 29, 1 steht: *Similis lib. I tit. XXIIII c. I* (nicht *tit. XXXIIII*); gemeint ist die uns erhaltene, jetzt zu Anfang des Titels 16 (de officio rectoris provinciae) stehende Konstitution, so dass wir damit einen Einblick in die Lücken des ersten Buches gewinnen.

Möge die hiermit gegebene Anregung zu einer Neubearbeitung der in mancher Beziehung wichtigen Scholien nicht auf unfruchtbaren Boden fallen. Die neue Ausgabe müsste aber, um eine volle Ausnutzung der Scholien zu gewähren, die Orthographie der Handschrift wiedergeben, welche kaum irgendwo den Lesern dieses Werkes Schwierigkeiten bereiten wird. Die Scholien erster und zweiter Hand könnten schon im Text durch irgend ein Zeichen aus einander gehalten werden, die jüngeren Scholien könnten entweder ganz weggelassen oder in die Anmerkungen verwiesen werden. Endlich gehört zur Vollständigkeit der Ausgabe eine Zusammenstellung der vom ersten und zweiten Schreiber gebrauchten Abkürzungen, welche grossentheils noch zu den notae iuris gehören und ein wichtiges Mittelglied zwischen dem in den Vaticana fragmenta vertretenen System und den späteren Systemen bilden.

Königsberg, August 1885. P. Krüger.

---

[1]) Vgl. die Nachzeichnung in Mai Juris civilis anteiustinianei reliquiae ineditae.

[2]) Zu 9, 21, 9. 10 sind die Scholien deshalb übersehen, weil sie ausnahmsweise auf dem inneren Rande stehen.

[3]) A. a. O. S. 327.

[4]) Abweichend Karlowa Rechtsgeschichte S. 963.



In seiner Besprechung von Bickell paleae sagt F. A. Biener über die bekannte Regel: quicquid non adgnoscit glossa etc. Folgendes:

> „Diese Regel ist weder untrüglich, noch alt, sondern hat sich erst im 16. und 17. Jahrhundert gegen die Restitutionen und neueren Bereicherungen des Corpus iuris civilis nach und nach gebildet.“

(Tübinger kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft 1828 (Bd. 4) S. 404.)

Also wusste man schon vor Heimbach und Osenbrüggen (s. Landsberg, Ueber die Entstehung u. s. w. S. 2ff) die relative Jugend der mehrgedachten Regel.

Degenkolb.

Litteratur.

J. Kappeyne van de Coppello, Abhandlungen zum römischen Staats- und Privatrecht. Nach dem Holländischen. Mit Vorwort von Dr. Max Conrat (Cohn). Heft I. Betrachtungen über die Comitien. Stuttgart, Metzler'sche Buchhandlung, 1885. II, 114.

Betrachtungen über die römische Verfassung und Verwaltung anzustellen ist gewis eine würdige Aufgabe für den praktischen Statsmann; und wir doctores umbratiles könnten dabei vieles lernen, namentlich neue Gesichtspunkte gewinnen. Die Frage drängt sich fast mit Notwendigkeit auf, welche Aufgaben sich der römische Stat stellte und wie er den Umfang seiner Tätigkeit im Vergleiche mit dem heutigen Statsleben begrenzte; welcher Mittel er sich dabei bediente, wo er dieselben Ziele verfolgt, ob sie gleichartig mit den heutigen waren oder andersgestaltet. Aber solche Erörterungen müssten naturgemäss den helleren Zeiten der Republik, am besten denen der Kaiser sich zuwenden. K. v. d. C. hat es verschmäht, von seiner Ueberlegenheit als Statsmann Gebrauch zu machen; er hat sich den gewöhnlichen Gelehrten angereiht, und vorzugsweise frühere, und also dunklere Partien des öffentlichen Rechtes behandelt. Er muss es daher gestatten, dass wir ihn als einen der unseren betrachten und an ihn die gleichen Anforderungen stellen, wie an uns selber. Und da muss ich sagen: es sind Hypothesen, die hier in fünf lose zusammenhangenden Aufsätzen vorgetragen werden; von ihnen scheint mir keine äusserlich so wohl begründet und innerlich so glaubwürdig, dass sie verdiente, an Stelle der bisherigen Auffassungen zu treten, oder dass sie uns die Kunst des Nichtwissens vergessen lassen könnte.

I. Comitia centuriata (S. 1—35). Die Arbeit geht aus von der Lesung zweiter Hand in der verzweifelten Stelle Ciceros de rep. 2, 39 sq. Die erste servianische Klasse umfasst danach 70 Centurien. Die Ge-

samtzahl der Centurien in den oberen 4 Klassen ist 140. Da aber 70 nicht durch 3 teilbar ist, so mussten die 3., 4. und 5. Klasse ihre Stimmen gemeinschaftlich abgeben. — Man wird nicht läugnen können dass diese Grundlage etwas zu unsicher ist, um einen vollständigen Neubau der servianischen Verfassung zu tragen. Die 70 Centurien der ersten Klasse bekundet Cicero bekanntlich nicht; man nimmt an, dass er diese Ziffer im Kopfe gehabt habe, weil er sonst falsch gerechnet hätte. Die herschende Meinung gibt Livius und Dionys gegen Cicero Recht und nimmt 80 Centurien an. Das wirft K. weit weg: Cicero müsse unbedingten Glauben finden (obwol die alte Verfassung zu seiner Zeit gar nicht mehr bestand: S. 21). Der ‚Fehler, mit dem L. und D. behaftet sind', erkläre sich aus ihrer gemeinsamen Quelle (S. 26). Beide weichen aber unter sich in wichtigen Einzelheiten ab, und man hat ihre Berichte deshalb mit gutem Grunde für unabhängig von einander erklärt (Schwegler, R. Gesch. 1, 740). Wenn sich aber wirklich ihr ‚Berichterstatter' in die alte Art nicht finden konnte, wie bedenklich ist es dann, nach ihnen und nur nach ihnen die Centurienzahl der ersten 4 Klassen auf 140 zu setzen, indem man ihre Einzelansätze zusammenzählt: denn die Summe selbst nennen sie natürlich nicht. — Aus diesem m. E. ganz unhaltbaren Ursatze wird eine neue Anschauung von der Centurienverfassung herausgesponnen. Ihre militärische Bedeutung ist unverkennbar (S. 19); auf sie richtet sich zunächst K.s Augenmerk. Es sei unmöglich, meint er, dass die erste Klasse gleichviel Soldaten gestellt habe, wie die drei folgenden. Das richtige sei vielmehr, dass überhaupt nur 70 Centurien gebildet worden seien (für alle 4 Klassen) und diese hätten dann zweimal gestimmt. Das lässt sich freilich nicht ‚direkt beweisen', aber innerlich wahrscheinlich machen; eine ‚vorurteilslose Kritik', dürfe die Annahme nicht von ‚oben herab' verwerfen (S. 3). Wie sollte die Kritik zu solcher Anmassung kommen? Woher sollte sie Vorurteile haben? Aber freilich: Gründe wünscht sie zu hören. 1) Ursprünglich (‚in der Hirtenzeit') bestand das römische Heer aus Reitern und ‚was zu Fusse mitlief', ψιλοί. — Die römische Reiterei war und blieb wenig zahlreich; sie ist eher mit den Wagenkämpfern bei Homer und in den Veden zu vergleichen, als mit viehraubenden Turkmenen. Das Fehlen schwerbewaffneter Fussgänger ist höchst unwahrscheinlich; jedesfalls steht davon nichts bei Dionys (3, 4. 39. 65), der nur von Streifpartien redet. 2) S. Tullius schob zwischen die Reiter und die 3000 rorarii (5. Kl.) die Phalanx der ‚Piekeniers' ein: 70 Cent. = 7000 M. (1.—4. Kl.). Dieser Heerbann ist (so scheint es wenigstens) als Doppellegion gedacht: die einfache besteht aus 600 Triariern, 950 hastati, 1200 sg. hastati nudi (?) und 1500 rorarii. Alles dies ist, soweit ich sehe, lediglich aus Ciceros 70 Centurien abgeleitet; einen selbständigen Beleg finde ich nirgends (Marquardt, Stvw. 2, 326ff.). 3) Als Aushebungsbezirke werden die alten Gebietsteile, die curiae, zu je zwei zusammengelegt; so entstehen aus den 30 Curien die 15 ältesten ländlichen Tribus mit patricischen Geschlechtsnamen (vgl. S. 60). Leider gibt es deren bekanntlich 16. Vielleicht aber rechnet K. die Claudia

noch nicht mit (vgl. S. 76 und dazu Mommsen, Forschungen 1, 72f., 293); er hätte das wenigstens hervorheben sollen. Dass die Curien eine Gebietseinteilung, nicht eine Einteilung der Bürgerschaft darstellten, wird gegen die Ueberlieferung behauptet, aber nirgends auch nur wahrscheinlich gemacht. Denn aus den Worten des Ampelius 49: *populus Romanus sub S. Tullio rege, qui eum in tribus, classes, centurias diuisit* lässt sich diese ‚merkwürdige Tatsache' doch gewis nicht herauslesen; das sagt ja auch die herschende Meinung. Durch diese ‚Argumente', dünkt mir, wird die Theorie von den 70 zweimal stimmenden Centurien nicht einleuchtender. — Die Abstimmung gestaltet sich nach K. (S. 17) so, dass ‚erst von den triarii der ersten Klasse und hernach noch einmal von den principes und hastati der drei folgenden Klassen zusammen' die Stimmen abgegeben wurden. Dabei waren die Centurien in Glieder formiert und alles gieng militärisch zu. Ich bekenne offen, dass es mir nicht anschaulich geworden ist, wie erst gliedweise ‚vorwärts' commandiert wird und dann die Bürger ‚compagnieweise' beim Consul vorbeiziehen; aber das ist ja am Ende nebensächlich. Wichtiger ist K.s Ansicht über die Reform der C. C. Sie wird um 513 durch eine ‚einfache Verwaltungsmassregel' bewirkt (S. 20). In jeder der 35 Tribus gibt es eine cent. seniorum und iuniorum, also 70 im Ganzen; das waren ‚Stimmbureaus'; wo einer stimmte, richtete sich nach dem Alter und dem politischen (?) Domicile. Jede Centurie zerfällt nach den Klassen wieder in 5 Unterabteilungen. Aus ihren Stimmen setzt sich die Collectivstimme der Tribus zusammen: ob sie eine oder zwei Stimmen abgab, ist nicht klar, ‚wahrscheinlich stimmten die iuniores zumeist für denselben Candidaten wie die seniores' (S. 22 A. 1): das kann ich mir, ehrlich gestanden, nicht denken. Aehnlich legt sich auch Madvig (Vf. und Vw. 1, 119) die Sache zurecht. Wie diese Neuerung nach K. aus der alten hervorgegangen ist, sagen die Worte: ‚das zweite und dritte Glied liess man verfallen, abgesehen die 70 Centurienpare'. Wie das durch eine Verwaltungsmassregel geschehen konnte, ist mir dunkel. Die Reform wird als eine verständige bezeichnet; das Uebergewicht der ‚gemässigteren und begüterteren' Bürger sei dadurch gesichert worden. Ihre Stimme wog ebenso schwer wie die der niederen Klassen, obwol weniger Abstimmende erschienen. Allein die Collectivstimme der Tribus wird doch höchst unwahrscheinlich durch Livius 43, 16. 14: *et cum ex XII centuriis equitum VIII censorem condemnassent multaeque aliae primae classis*; sie passt auch nicht zu den ritterlichen Centuriatstimmen. Der Einwand, dass a. 169/585 die alte Verfassung noch bestand (Madvig S. 120), ist K. wenigstens abgeschnitten.

Ueber den Inhalt der folgenden vier Aufsätze berichte ich nur, und enthalte mich jeder kritischen Bemerkung über das einzelne. Der Kundige wird leicht sehen, dass er es mit einem Gewebe von Wahrheit, von alten, und wie manche von uns wol glaubten, veralteten Ansichten und von ganz neuen, teilweise überraschend kühnen Aufstellungen zu tun hat, so dass eine sachliche Auseinandersetzung sehr weitläufig werden müsste. Auf die Gefahr hin, ‚von oben herunter' abzusprechen, bekenne

ich nur kurz und bündig, dass ich in keinem Punkte überzeugt worden bin, und damit glaube ich mich sehr zurückhaltend zu äussern.

II. Titienses, Ramnenses, Luceres (S. 36—59). Dieser 2. Aufsatz ist mehr allgemeingeschichtlicher, als rechtsgeschichtlicher Art. Es handelt sich in erster Stelle um die Luceres. ‚Nur soviel ist klar‘, sagt ein sehr besonnener Forscher (Schwegler, R. Gesch. 1, 499), ‚dass der Ursprung der L. schon den Alten ein Rätsel war‘. Nach K. sind sie ein etruskischer Ritteradel, den die tuskischen Beherscher von Rom, Tarquinius Priscus = Lucumo Vibenna[1]) und seine Nachfolger mitgebracht hatten. Die Ramnes und Tities werden gezwungen diese Geschlechter unter sich aufzunehmen und während der letzten Königszeit standen sie wol gar an der Spitze der Gemeinde. Mit der Republik aber werden sie zu gentes minores herabgesetzt; sie gelten nicht als ‚Vollblutpatricier‘, sondern als Ritter. Daher das Misverständnis, als seien schon im Beginne der Republik Plebejer in den Senat aufgenommen. Ein zu den Luceres gehöriges Geschlecht waren die Papirier; sie standen, wie Pomponius de or. i. § 2 bezeugt, bei T. Superbus in hohem Ansehen; aber nach Vertreibung der Könige musste anscheinend der Opferkönig M. Papirius zu Gunsten eines Sulpiciers abdanken (vgl. Mommsen, röm. Forschungen 1, 116). Die Tities sind albanische Geschlechter, diese aber setzt die Ueberlieferung mit den sabinischen und troischen gleich (S. 56, 58); sie werden nach der Zerstörung von Alba zur Uebersiedelung nach Rom gezwungen (S. 55). Dies Rom aber hat bis nach dem gallischen Brande keine Umwallung gehabt; seine Bewohner waren ‚Hirten und Bauern‘ (S. 54). Die Festungswerke des S. Tullius werden ‚bezweifelt‘; die Ummauerung des Palatins und die Roma quadrata werden nicht erwähnt. Der Plebs, deren ‚enger Verband mit den Patriciern sich in der Sage von den Zwillingen Romulus und Remus spiegelt‘ (S. 54), ist die Eigenschaft von Mitbürgern seitens der patres nie bestritten worden. Der Grund für die Bevorrechtung der Patricier lag lediglich in dem Volksglauben von der religiösen Wichtigkeit der Gentilsacra (S. 59).

III. Comitia curiata (S. 60—86). Die Curien sind ursprünglich örtliche Einteilungen, ‚curia und tribus, Kanton und Bezirk sind Synonyme‘, und eigentlich curia der dafür übliche Kunstausdruck (S. 77). Aber ‚dank den vielfachen Terrainveränderungen‘ und wegen des stetigen Landzuwachses gewöhnte man sich, sich nur mit den Tribus zu beschäftigen. So blieben die Curien lediglich ‚fiktive Einheiten‘ für die Abstimmung. Sie umfassten von jeher das ganze Volk, auch die nicht angesessene Plebs (S. 64). Denn ‚wer sich im Geiste inmitten solcher erzväterlicher Sitten niederlässt‘, wird keinen Verwaltungsorganismus und ‚kein scharf abgegrenztes Bürgerrecht‘ dort suchen dürfen. Auch die Abstimmung ist nicht geregelt: die Männer erscheinen ‚in der Kriegstracht‘ (S. 84) und geben ihren Beifall durch ‚Waffengetöse‘ zu erkennen. Namentlich lässt der Führer beim Ausrücken zum Kriege ‚das Unternehmen kirchlich einsegnen‘ und sich ‚der Weisung der Priester

[1]) Nach Gilbert, Gesch. u. Topographie v. Rom (2, 39f.; 262) ist Coile Vivennas vielmehr Tullus Hostilius.

gemäss huldigen' (l. de imperio). Dabei hatte die Plebs freilich tatsächlich nichts zu sagen. Die ,willfährigen Handlanger und hungrigen Bettler' mussten mitziehen und giengen gern mit: zu fechten hatten sie nicht nötig. Die Volksversammlung hatte so in alter Zeit mehr die ,Natur eines Kirchganges'. Seitdem die Plebs sesshaft wird, und die Centuriatcomitien aufkommen, blieben die Kurien lediglich zu ,kirchlichen Zwecken' bestehen; politische Funktionen haben sie nicht mehr gehabt. Denn die lex de imperio ist Verleihung der Auspicien an den Beamten; die Arrogation heisst ,kirchlich' wahrscheinlich detestatio sacrorum; sie wird formell auctoritate populi, in Wirklichkeit ,per pontifices vollbracht'; das test. kalatis comitiis ist die Annahme eines Kindes, das die Sacra fortsetzt. Zu allen diesen Akten erscheint die Gemeinde nicht mehr, durfte es wol nicht einmal. Die Curiatcomitien haben weder bei der Rückberufung des Camillus, noch bei der Wahl der Volkstribunen als politische Körperschaften sich betätigt. Wenn Cicero sagt: *auspicato postero anno tribuni pl. comitiis curiatis creati sunt*, so bedeutet das nicht die Wahl, sondern 'durch Curienbeschluss wurde vielmehr gegen den Uebertreter des Verbotes (die Tribunen anzugreifen) das das kirchliche Anathem ausdrückende Formular ausgesprochen oder von der anwesenden oder als anwesend fingierten (!) Gemeinde im Chor wiederholt' (S. 74). Gewählt werden die Tribunen von jeher ausschliesslich von den Plebejern in den Tribusversammlungen; diese meinen die Alten, wenn sie von Curien reden. Früher aber stimmten nur die ländlichen Bezirke, und darin die Ansässigen so gut wie die Clienten mit ,Lehensbesitz'. Erst durch die lex Publilia (283) werden auch die 4 städtischen Bezirke stimmfähig, und die Clienten ohne Allod werden hinausgetan. Die späteren 35 Tribus sind die 30 Curien, die 4 städtischen Bezirke und die zuletzt errichtete nicht örtlich abgegrenzte tribus Quirina. Diese ist die berühmte Curie des ,dummen Volkes' bei Ovid. Denn die Fornacalien sind das ländliche Curienfest; die Landleute kannten ihre Curie wol, aber sie konnten teilweis die ausgehängten Schilder nicht lesen; vor allem aber trieben sie im Kirmesjubel bei der Entzifferung der Inschriften ,Misbräuche aller Art'. Waren sie so um ihre ,richtige Stelle' und ihren ,richtigen Tag' gekommen, so feierten sie in der Quirina nach. ,Aus diesem Grunde' (von der tribus Quirina?) hiessen die Quirinalia feriae stultorum.

IV. Auctoritas patrum (S. 86—105). Die a. p. ist die Zustimmung des Patriciersenats zu einer bestimmten Handlung, worin zugleich die Uebernahme der moralischen Verantwortlichkeit liegt; sie kommt bei Centuriatcomitien, Plebisciten und Curiatcomitien vor. Zum Verständnisse des Folgenden ist es unerlässlich, diese Begriffsbestimmung festzuhalten, welche die Vermischung des nachträglichen Vollworts (,Kassationsbefugnis') und der Vorberatung und Einwilligung im Senate (Probuleuma) gestattet und fordert.

1. Die Consuln verständigten sich, ehe sie dem Cent. Com. Vorlagen machten, immer mit ihren ,Mitregenten' im Senate. Publilius Philo aber wollte den Einfluss der Patricier im Senate brechen. Deshalb

wurden durch sein Gesetz ‚die patres verpflichtet, sie mochten wollen oder nicht, vor der Beschlussfassung ihre Auctorität zu verleihen' (S. 87).

2. Plebiscite. Die Tribunen durften von altersher Gesetze bei den Tribus beantragen. Sollten sie für das ganze Volk gelten, so musste der Patriciersenat sie durch a. gutheissen. Die Tribunen eroberten diese Zustimmung durch Hartnäckigkeit, namentlich halfen sie durch Strafanklagen gegen massgebende Persönlichkeiten nach. So kam z. B. die lex Terentilia zu Stande. Nach dem Sturze der Decemvirn wird die alte Verfassung mit Consuln und Tribunen wieder hergestellt. Das geschieht (einfache Verweisuug auf Livius 3, 55. 14) durch ein Plebiscit des Duilius, also nicht eigentlich verfassungsmässig. Darob Mismut der Ultras, und mit Rücksicht darauf ‚vorzugsweise' das Gesetz des Horatius und Valerius: dass Plebiscite für das ganze Volk verbindlich sein sollten (also, was nicht gesagt wird, mit rückwirkender Kraft); sonst wäre kein Grund gewesen, eine ‚praktisch bereits gelöste Rechtsfrage' nochmals theoretisch zu entscheiden. Denn tatsächlich wird nur das alte Recht wieder eingeführt, d. h. die Plebiscite gelten — selbstverständlich, wenn die a. p. dazutritt. Und wirklich fehlt diese keinem späteren Plebiscite (S. 95 f). Weiter gieng indes die l. Publilia. Danach darf der Tribun einen Volksbeschluss ohne den Senat herbeiführen, dieser ist, bis die patres ihr Vollwort gaben, nur für die Plebs bindend. Das konnte nun doch zu Unzuträglichkeiten führen, wenn die patres, vielleicht aus Eigensucht, nützlichen Gesetzen ihre Zustimmung versagten, z. B. den Wuchergesetzen, weil sie als ‚adstipulatores, Makler und Strohmänner' an Wuchergeschäften beteiligt waren. Daher bestimmte die lex Hortensia, dass ‚fortan das Plebiscit auch ohne Bekräftigung durch a. p. allgemein verbindlich sein sollte' (S. 99). Unter den Belegen dafür steht Gaius 1, 3 voran: *olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quae* (nicht *quia*) *sine auctoritate eorum facta essent;* denn Gaius sagt hier: das Plebiscit band die Patricier nicht, ‚weil dafür ihre auctoritas gefordert wurde' (S. 100).

3. An die a. p. bei den Curiatcomitien hat sich Philo nicht gewagt, ‚da er sonst den Fuss auf das Terrain des Kirchenrechtes gesetzt' hätte So verweigern die patres dem L. Sextius als plebejischem Consul die Bestätigung der lex de imperio (Livius 6, 42. 10: *quia patricii se auctores futuros negabant*). Im Jahr 582/172 werden zum ersten Male zwei plebejische Consuln gewählt, und sofort schlägt der eine Prätor dieses Jahres Q. Maenius vor, die patres sollten die lex de imperio zum Voraus bestätigen[1]). Bei Cicero *Brut.* 55 ist durch einen alten Schreibfehler, den schon Aur. Victor vorfand, Ap. Caecus in eine Art von Zusammenhang mit der lex Maenia gebracht. Das von Cicero erzählte Ereignis spielt vielmehr 556/198; der Tribun ist M'. Curius, nicht der Samnitensieger Dentatus; der interrex ist Ap. Claudius Pulcher, der nachmals (569/185) Consul wurde. Livius 32, 7. 8 sagt zwar nichts von einem interrex in diesem Jahre, ‚es passt jedoch in den Zusammenhang und Cicero zeigt zudem, dass der damalige Ap. Cl. Pulcher dieser interrex war' (S. 103).

V. Der letzte ganz kurze Aufsatz über die lex censoria (S. 105—107) setzt die lex centuriata de potestate censoria mit der sg. lex censoria über die Einrichtung und Vollziehung der Schatzung gleich. Die ‚Gutheissung' der Censorenwahl durch das Volk enthielt zugleich die Genehmigung wichtiger, übrigens vielfach tralaticischer Anordnungen, z. B. das Pfändungsrecht für die Publikanen. Wer diese lex ‚of two-fold utility' beantragte, wird uns leider nicht gesagt. Beiläufig wird Gellius 13, 15. 4 als gänzlich verderbt bezeichnet und den Quästoren die

---

[1]) Unter den bei Livius 42, 9. 8 aufgezählten Prätoren dieses Jahres findet sich kein Maenius, wol aber (10, 14) ein C. Memmius.

lex curiata abgesprochen: denn Tacitus' Worte (ann. 11, 22): quod lex curiata ostendit ab L. Bruto repetita besagen, dass in der von Brutus erneuerten Königsgesetzgebung bereits von Quästoren die Rede sei.

B., December 1885. A. P.

El Marqués de Olivart. La posesion, su nocion en el derecho abstracto, etimología, valor jurídico, base de su defensa. Madrid 1884 (Leipzig, Berlin, Viena. F. A. Brockhaus). SS. CLXXXVI. 549.

Der vorliegende starke, sehr schön ausgestattete Band ist nur ein „libro preliminar" eines vom Verfasser unternommenen umfangreichen Werkes über den Besitz, welches noch acht weitere Theile oder Bücher, 1. über den Besitz im römischen, 2. im kanonischen, 3. im mittelalterlichen, weltlichen Recht, 4. bis 6. nach spanischem und 7. und 8. nach den neueren, nicht spanischen Gesetzgebungen umfassen soll. Der jetzt erschienene Einleitungsband beabsichtigt die rechtsphilosophische Grundlage zu geben, wobei der Verfasser die verschiedenen Streitfragen behandelt und nicht umhin kann, auf das positive römische, deutsche gemeine und kanonische Recht, sowie auf das Partikularrecht und die Partikulargesetzgebung einzugehen. Die Ergebnisse, zu welchen der Verfasser gelangt, sind folgende:

Der Besitz ist die beabsichtigte, ausschliessliche und nicht blos vorübergehende Ausübung irgend eines Rechtes (der Sachbesitz also ein derartiger Gebrauch der Sache für sich und durch sich). Er ist ein wahres, durch die Besitzklage geschütztes Recht, welches in der Befugniss besteht, den vorhandenen faktischen Zustand fortzusetzen (d. h. die Sache zu behalten oder das Recht auszuüben) und daraus Nutzen zu ziehen, bis die Entscheidung über das Recht (das jus possidendi) eine Aenderung bedingt. Der Besitz ist weder ein dingliches noch ein persönliches Recht, vielmehr eine Position, welche allen Rechten korrespondiren kann, daher, soweit er Sachbesitz ist, allerdings ein wahres dingliches Recht. Aus demselben Grunde gehört seine Darstellung in den allgemeinen Theil des Systems. Obwohl der Besitz verschiedene thatsächliche und rechtliche Vortheile mit sich bringt, welche das quantum interest possidere ausmachen, bilden die Besitzklagen das einzige aus dem Besitz hervorgehende juristische Institut. Der Besitz darf nicht mit dem Eigenthum (gegründet in der Natur des Menschen, verwirklicht durch die Occupation, erhalten durch die Arbeit und gewährleistet durch das Gesetz) verwechselt werden, er begleitet dasselbe nur in dem jus possidendi. Aus dem Umstande, dass der Besitz bei allen Völkern, welche das Privateigenthum kennen, geschützt wird, lässt sich schliessen, dass sein Schutz ein in der Vernunft gegründetes Fundament habe, und dieses ist nichts anderes als der nothwendige Schutz der Ausübung des Rechtes.

Es ist hier nicht der Ort, an diesen Theorien des Verfassers Kritik zu üben. Beeinflusst sind sie dadurch, dass derselbe Sach- und Rechtsbesitz unter einen einheitlichen Begriff zusammengefasst wissen will, wie er denn in dem langen als Einleitung dienenden Widmungsschreiben sich als gläubigen Katholiken bekennt und von dem „unermesslichen Dienste" spricht, welchen die katholische Kirche dadurch geleistet habe, dass sie den Begriff des Besitzes auch auf die Rechte übertragen habe. Jedenfalls wird man dem Verfasser die Anerkennung nicht versagen können, dass er mit grossem Fleiss und grosser Energie gearbeitet hat. Er hat der deutschen Wissenschaft zu Liebe erst die deutsche Sprache gelernt, und bei der mangelhaften Organisation des spanischen Buchhandels und dem fast völligen Fehlen deutscher juristischer Bücher in

den Bibliotheken Spaniens, sich mit unendlicher Mühe die erforderliche, namentlich die deutsche Literatur beschaffen müssen. Wenn dabei ein Umstand staunenswerth ist, so ist es die grosse Vollständigkeit, mit welcher er dieselbe benutzt hat. Die mit Brunet, manuel du libraire beginnende, 1098 Nummern auf S. XXVII—CLV umfassende Bibliographie nebst einem alphabetischen Namensregister von 8 Seiten muthet den deutschen Leser allerdings befremdlich an, für Spanien, wo nach den Mittheilungen des Verfassers die fremde, vor Allem die deutsche juristische Literatur den Juristen so gut wie unbekannt ist, erscheint sie dagegen begreiflich.

Aber auch abgesehen von dieser Literatur-Uebersicht, in welcher den deutschen Arbeiten der Löwenantheil zukommt, geben die einzelnen Kapitel des Werkes für die einzelnen Fragen den Stand der deutschen Wissenschaft klar und übersichtlich wieder. Wir können daher dem Verfasser nur warmen Dank wissen, wenn er trotz aller Schwierigkeiten die Aufgabe auf sich genommen hat, die Ergebnisse der deutschen Rechtswissenschaft seinen Landsleuten zu übermitteln und der letzteren auch in Spanien eine Stätte zu bereiten.

P. Hinschius.

Dr. Carl Schönhardt, Staatsanwalt. Alea. Ueber die Bestrafung des Glücksspiels im älteren römischen Recht. Stuttgart, Ferdinand Enke. 102 S. 8.

Der Verfasser hat in der vorliegenden Abhandlung, einer tübinger Inauguraldissertation, die römisch-rechtliche Lehre von der alea einer sorgfältigen und gründlichen Revision unterzogen. Die Ergebnisse, zu denen er gelangt, sind im wesentlichen folgende. Das Verhältniss der „lex alearia“ zu dem l. 2 D. 11, 5 erwähnten senatus consultum sowie den l. 3 eod. angeführten leges Titia, Publicia und Cornelia ist dunkel. Sicher ist, dass schon ums Jahr 200 v. Chr. eine lex de alea in Geltung war und dass zu Ciceros Zeit ein Volksbeschluss die alea mit Strafe bedrohte. Wahrscheinlich sind die beiden Gesetze nicht identisch, wie man bisher annahm. Die Strafe des Exils und der Infamie hat für das Glücksspiel nicht bestanden. Dagegen kann die poena quadrupli als feststehend und bereits dem älteren Rechte angehörig angesehen werden. Die actio quadrupli ex lege alearia ist aber nicht eine actio poenalis des Verletzten in quadruplum, sondern eine populare sog. processualische Defensivklage in der Gestalt der legisactio per manus injectionem puram — ähnlich der Klage ex lege Furia testamentaria und ex lege Marcia de usuris reddendis.

Neben diesem civilrechtlichen Strafverfahren besteht ein iudicium publicum wegen alea, allerdings wohl nicht in Form einer sog. quaestio perpetua de alea, trotz Cicero Phil. II, 23, 56, sondern vielmehr in der Form des ädilicischen Multprocesses (multae irrogatio). Das zeitliche Verhältniss des civilrechtlichen zu dem criminellen Strafverfahren lässt sich nicht feststellen. Es muss ähnlich wie beim fenus ein Dualismus der Gesetzgebung angenommen werden.

Die Arbeit bringt hiernach nichts eigentlich neues. Die Resultate derselben sind, wie der Verfasser im Vorwort selbst zugiebt, im wesentlichen negative und m. E. auch nicht wohl anfechtbare. Das vom Verfasser beanspruchte Verdienst, den bisher zerstreuten Stoff zum ersten Male juristisch verarbeitet und zu einem Gesammtbild vereinigt zu haben, kann ihm nicht bestritten werden.

Dr. H. H. Pernice.

I.

Ueber neue Beiträge zur Geschichte der Rechtswissenschaft im früheren Mittelalter.

Von

Herrn Geh. Justizrath Professor Dr. **Fitting**

in Halle.

Die Aufhellung der Geschichte der Rechtswissenschaft vor dem Auftreten der Bologneser Schule macht in jüngster Zeit rasche Fortschritte: der beste Beweis, dass sich die Forschung auf dem rechten Wege befindet, und dass wirklich die Methode gewonnen ist, welche in diesem dunkeln und schwierigen Gebiete ein sicheres Vorwärtskommen ermöglicht. In dem Gefühl mehr und mehr erlangter Sicherheit der Methode und der dadurch geweckten Freude des Forschens liegt gewiss auch der hauptsächlichste Grund der hocherfreulichen Erscheinung, dass auf diesem früher so sehr vernachlässigten Felde jetzt eine rege und emsige Thätigkeit herrscht. Namentlich sind es die italienischen Gelehrten, welche sich neuerdings mit ganz besonderem Eifer der frühmittelalterlichen juristischen Literärgeschichte zugewendet haben und hier, begünstigt durch einen beneidenswerthen Reichthum an Quellen, in rascher Folge Arbeiten von stets wachsender Bedeutung zu Tage fördern.

Bei der gegenwärtigen Fülle literärgeschichtlicher Untersuchungen muss es als eine der wichtigsten Aufgaben erscheinen, nicht allein zwischen den sämmtlichen Arbeiten auf diesem Gebiete die Fühlung und den wechselseitigen Zusammenhang zu erhalten, sondern auch ihre Ergebnisse kritisch zu beleuchten, sie, soweit sie sich als genugsam gesichert erweisen, dem schon errungenen wissenschaftlichen Besitze an rechter Stelle einzufügen und so die Zahl der

festen Anhaltspunkte stetig zu vergrössern, zugleich aber diese Ergebnisse einem weiteren Leserkreise vorzuführen und hiedurch erst vollkommen fruchtbar zu machen. Zu dem allem will ich durch die Anzeige einer Anzahl neuerdings erschienener Schriften die Hand bieten. Man mag darin eine Fortführung und Ergänzung des Versuches zusammenfassender Darstellung erblicken, welchen ich im vorigen Bande dieser Zeitschrift, Roman. Abth. S. 109 ff., gemacht habe. Und es sei mir gestattet, zum voraus zu bemerken, dass alle dort von mir aufgestellten Sätze durch jene Schriften durchaus bestätigt werden.

Ganz besonders wichtig ist in dieser Hinsicht die folgende Arbeit, welche auch schon nach der Zeit ihrer Veröffentlichung hier zuerst in Betracht kommt:

I.

La glossa pistoiese al Codice giustinianeo tratta dal manoscritto capitolare di Pistoia con una introduzione dell' avvocato Luigi Chiappelli. Torino, Ermanno Loescher. 1885. (Estr. dalle Memorie della Reale Accademia delle Scienze di Torino. Serie II, Tom. XXXVII.)

Es handelt sich hier um eine Herausgabe und Besprechung der schon früher bemerkten und unter anderen von mir a. a. O. S. 125 a. E. erwähnten, aber bisher gänzlich unbeachteten Glossen zum Justinianischen Codex in der Pistoieser Handschrift desselben.

Chiappelli gibt S. 7 ff. eine genaue Beschreibung der Handschrift, von welcher seiner Arbeit am Schlusse ein Facsimile in Phototypie beigefügt ist. Hier wird es genügen zu sagen, dass die Handschrift (Pergament in kl. Folio) zu dem alten Bestande der reichhaltigen Bibliothek des Doms (S. Zeno) zu Pistoia gehört, und dass sie nach dem Urtheil Chiappelli's wie aller Derer, welche sie früher gesehen haben, im 10. Jahrhundert geschrieben ist. Auch hiesige sachverständige Collegen setzen sie nach dem Facsimile in das 10. Jahrh.; und zwar weist sie der hiesige, in diesen Dingen sehr geübte, Vertreter der Palaeographie, Herr Professor Schum, genauer dem Ende des 10. Jahrh. zu.

Die Handschrift enthält aber nicht den vollständigen Codex, sondern nur einen alten Auszug aus demselben, worin jedoch bereits viele in dem zu Grunde liegenden ursprünglichen Auszuge ausgelassene Constitutionen nachgetragen sind. Hier kommt dieser Haupttheil des Inhaltes nicht in Betracht[1]), sondern nur die Glossen zu demselben, welche sich in der ganzen Handschrift, theils zwischen den Zeilen, theils am Rande, finden.

Chiappelli zerlegt sie in drei Klassen:

1) Eigentliche Scholien, stets am Rande, durch ein davor stehendes Zeichen, welches Nota bedeutet, kenntlich gemacht.
2) Kritische Glossen, theils zwischen den Zeilen, theils am Rande, eingeleitet durch al. (= alias).
3) Erklärende Glossen, gewöhnlich zwischen den Zeilen mit einem vorausgehendem .i. (= id est) oder .s. (= scilicet).

Nach Chiappelli würden sich die Scholien von den Glossen der beiden anderen Arten schon äusserlich auch noch dadurch unterscheiden, dass die letzteren durch Verweisungszeichen mit der betreffenden Stelle des Textes in sichtliche Beziehung gesetzt wären, während bei den Scholien solche Verweisungszeichen fehlten. Soweit das Facsimile einen Schluss erlaubt, ist diese Verschiedenheit jedoch keine durchgängige. Auch will es mir schon an sich misslich erscheinen, ein Gewicht auf einen so geringfügigen Umstand zu legen, wobei so leicht ein Versehen möglich war. Und sollte etwa Chiappelli die Glossen 20, 47 und 100 den Scholien wegen des Mangels eines Verweisungszeichens zugetheilt haben, obwohl bei ihnen die Einleitung mit Nota fehlt, so könnte ich dies um so weniger für gerechtfertigt halten, als mindestens die Glossen 20 und 100 ihrer Art nach den Glossen 792, 798, 897 genau entsprechen, welche doch Chiappelli zu den Glossen der dritten Klasse rechnet.

[1]) Noch genauere Auskunft über denselben gibt die folgende Abhandlung von Chiappelli: Nuovo esame del manoscritto pistoiese del Codice giustinianeo. Roma 1885. (Estr. dal periodico: Studi e documenti di storia e diritto. Anno VI pg. 189 segg. — 1885.)

Ueberhaupt aber bin ich nicht ohne Bedenken gegen die strenge Sonderung, welche Chiappelli zwischen den verschiedenen Arten der Glossen vorgenommen und sogar durch äussere Trennung in der Ausgabe auf das schärfste durchgeführt hat. Denn es handelt sich hier doch schwerlich um Werke aus verschiedenen Zeiten oder auch nur von verschiedenen Personen, so dass etwa die Scholien die ältesten Glossen, die kritischen und erklärenden Glossen je von späteren Urhebern zugefügt wären. Auch in anderen, zum Theil schon in das Alterthum zurückgehenden Glossen zu juristischen Schriften finden sich ja Glossen verschiedener Art nebeneinander, und zwar ebenfalls so, dass einzelne mit Nota eingeleitet sind, die anderen nicht. So z. B. in den von Hänel (Lipsiae 1834) herausgegebenen, von mir in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 10 S. 317 ff. besprochenen Vaticanischen Summarien zum Codex Theodosianus aus dem 5. Jahrh.; sodann in den von Hänel, Iuliani Epitome p. 178 sqq. herausgegebenen Scholien zum Julian aus der Zeit Justinian's; ferner in der Turiner Institutionenglosse, und zwar nicht allein in der von Krüger in der genannten Zeitschrift Bd. 7 S. 52 ff. herausgegebenen alten Glosse, sondern auch in denjenigen Glossen, welche im 10. und 11. Jahrh. von einer grossen Anzahl verschiedener Hände beigefügt sind. In den Vaticanischen Glossen zum Brachylogus habe ich Glossen mit Nota auch noch einige Male, aber doch nur selten und vereinzelt (bei allerdings nicht sehr sorgfältiger Untersuchung etwa in drei oder vier Fällen) angetroffen. In der neuerdings von Conrat im Archivio giuridico XXXIV. p. 105 sgg. herausgegebenen Kölner Institutionenglosse ist mir nur noch eine solche Glosse (nr. 128) begegnet, und in den Glossen zum Petrus kommt diese Form überhaupt nicht vor. Auch der Bologneser Schule ist sie, soweit ich bei flüchtiger Prüfung bemerken konnte, fast gänzlich fremd[1]). Man wird demnach in ihrem häufigeren Auftreten nicht bloss den sicheren

---

[1]) Eine Glosse solcher Art zu L. 9 C. de divers. offic. 12, 59: „Nota vetustam consuetudinem et potestatem servari“ ist bei Savigny III. S. 567 not. a unter C. abgedruckt.

Beweis eines Zusammenhanges mit der Rechtswissenschaft des Alterthums und also auch einen neuen Beweis des Fortwirkens der antiken Schultraditionen im früheren Mittelalter erblicken dürfen, sondern wohl auch ein zuverlässiges Kennzeichen verhältnissmässig hohen Alters und der Unabhängigkeit von der Glossatorenschule. Die beiden letzten Schlüsse werden hier noch unmittelbar durch das Alter der Handschrift bestätigt.

Wende ich mich nach dieser kleinen, aber hoffentlich nicht ganz unfruchtbaren Abschweifung zu Chiappelli's Ausgabe der Pistoieser Glosse zurück, so wäre es wohl im Hinblick auf das gesagte und zur Verhütung von Irrungen besser, zugleich auch einfacher gewesen, wenn Chiappelli die einzelnen Glossen nicht ihrem Inhalte nach äusserlich geschieden, sondern so, wie sie in der Handschrift thatsächlich auf einander folgen, hätte abdrucken lassen. Indessen thut sein Verfahren der Benutzung seiner Ausgabe für literärgeschichtliche Zwecke keinen Eintrag; im Gegentheil ist diese dadurch eher etwas bequemer geworden.

Ungleich misslicher ist ein anderer Umstand. Chiappelli sagt S. 10 a. E., was durch das Facsimile seine Bestätigung erhält, dass die Glossen mit dem Texte durchweg von der nämlichen Hand des 10. Jahrh. geschrieben sind, mit Ausnahme weniger Glossen und einiger Scholien, welche zwei verschiedenen Schreibern des 11. Jahrh. zuzuschreiben seien. Diese Ausnahmen, wozu nach dem Facsimile die Glossen 775 und 776: „noxa est corpus quod nocuit“ und „noxię id est ipso maleficio“ zu gehören scheinen, hätten nothwendig angegeben werden müssen. Dies ist aber leider nicht geschehen, und so bleibt nun der Leser bei jeder einzelnen Glosse im Zweifel, ob sie zu den schon von dem Schreiber des Textes selbst herrührenden oder zu den erst später zugefügten zu rechnen sei. Möge der verdienstvolle Herausgeber diesen sehr fühlbaren Mangel recht bald durch nachträgliche kurze Angabe der späteren Glossen, und zwar mit genauer Unterscheidung der beiden verschiedenen Hände, in irgend einer Zeitschrift, etwa in dem auch in Deutschland sehr verbreiteten Archivio giuridico, beseitigen!

Ihrem Inhalte nach geben die Pistoieser Glossen theils kurze Bezeichnungen des Hauptgedankens einer Constitution, entsprechend den Brocarda der Glossatoren (s. Savigny III. S. 567 ff.), theils Definitionen im Texte vorkommender Begriffe, theils andere Lesarten oder Textverbesserungen, theils eigentliche Glossen im ursprünglichen Sinn, d. h. kurze Worterklärungen, theils endlich, aber nur selten (nach Ch. S. 13 nur fünfmal), Hinweisungen auf andere Gesetze, worunter zweimal die Hinweisung auf abändernde Novellen, nämlich

glo. 856 ad L. 3 § 1a C. de sec. nupt. 5,9 verb. „ex eodem“: corrumpitur a novella.

glo. 97 ad L. 5 C. ad SC. Tert. 6,56: Nota corrumpi quidem in hoc quod dicitur: ex testamento succedere liberis, a libro novellarum.

Gemeint ist hier wohl beide Male Iul. Epit. XXXVI c. 31 (= Nov. 22 c. 46). Nicht unwichtig dürfte der beide Male gebrauchte Ausdruck „corrumpi“ sein, da er vielleicht zu der Ermittelung irgend eines literarischen Zusammenhanges führen könnte, wie ich ihn wegen dieses Ausdruckes z. B. mit der (wohl aus dem 11. Jahrh. stammenden) Turiner Institutionenglosse nr. 180 (s. unten S. 62 Anm. 1) anzunehmen geneigt bin. Die langobardische Expositio zum Liber Papiensis bedient sich des gleichfalls nahe verwandten Ausdruckes „rumpi“.

In den Hinweisungen auf andere Stellen des Codex (glo. 11, 82) werden diese als „capitula“ bezeichnet, was zwar der Glossatorenschule fremd ist, aber auch die Übung der Papienser war, ferner in den Glossen zum Tübinger Rechtsbuch und zum Petrus, sowie in einer der jüngeren Turiner Institutionenglossen (nr. 425), in der ältesten Form des Tractates de actionum varietate et vita § 39, in der oben erwähnten Kölner Institutionenglosse (nr. 9, 126, 129), endlich in der 1080 verfassten Streitschrift des Petrus Crassus gegen Gregor VII. (s. unten S. 62 Anm. 1) geschieht: ein unanfechtbarer Beweis, dass die Pistoieser Glosse mit einer jüngeren Rechtsliteratur, welche sich wohl kurzweg als diejenige des 11. Jahrh. wird bezeichnen lassen, min-

destens durch eine Gemeinschaft der Traditionen in Verbindung steht.

Der bisher aus rein äusseren Gründen gezogene Schluss eines Zusammenhanges der genannten Glosse einerseits mit der Rechtswissenschaft einer älteren, andererseits mit derjenigen einer jüngeren Zeit wird nun aber auch durch innere, sachliche Rücksichten bestätigt und vollkommen gefestigt.

Die darin auftretenden Angaben des Inhaltes der einzelnen Constitutionen mit gelegentlicher Bezugnahme auf andere Gesetze kommen ihrem Charakter nach durchaus überein mit den Scholien zu den sog. Fragmenta Vaticana, mit den oben schon genannten Vaticanischen Summarien zum Codex Theodosianus, mit einem Theil der ebenfalls bereits genannten Scholien zu der Epitome Iuliani, endlich mit vielen Stücken der alten Turiner Institutionenglosse. Da diese ganze Literatur noch dem Alterthum angehört, so ist zunächst der innere Zusammenhang der Pistoieser Glosse mit der Rechtswissenschaft des Alterthums ausser Zweifel gestellt, zumal da auch alles andere, was die Glosse ausser den Textbesserungen und der Angabe anderer Lesarten enthält: Definitionen juristischer und nicht juristischer Begriffe, Worterklärungen u. dgl., in der alten Turiner Institutionenglosse vollkommen entsprechende Seitenstücke findet.

Auf den Zusammenhang mit einer älteren, dem Alterthum mindestens nahe stehenden Rechtsliteratur deutet aber auch noch die sehr bemerkenswerthe, schon von Chiappelli (S. 15 fg.) nach Gebür hervorgehobene Thatsache, dass, während sonst in der Pistoieser Handschrift alle griechischen Constitutionen übergangen sind, in der glo. 94 — mit der Bemerkung schon im Texte: „Nota de greco sumtum“ — von L. 4 C. de bon. libert. 6, 4 auszugsweise einige Bestimmungen (der §§ 1, 2, 3, 15, 16) mitgetheilt werden, ohne Zweifel nach einer alten, uns unbekannten lateinischen Summa der umfangreichen Constitution. Ist man von vornherein berechtigt, die Abfassung dieser Summa in eine frühe Zeit zu setzen, so kommt hier noch der Umstand hinzu, dass sich in der Glosse die folgenden Citate finden:

huius memit (*scrib.* meminit) in tercia constitucione tit. VI. et VII.

Allerdings kommt diese Art des Citirens bloss durch Angabe der Zahlen von Buch, Titel und Stelle in den Rechtssammlungen des Klerus noch bis zum Ende des 11. Jahrh. vor; allein sie ist doch zunächst und vorzugsweise diejenige der Justinianischen und vorjustinianischen Zeit und darf daher immerhin als eine Inzicht hohen Alters betrachtet werden[1]).

Nicht minder bestimmt lässt sich nun aber auch der geistige Zusammenhang der Pistoieser Glosse mit einer der Zeit nach auf sie folgenden Rechtsliteratur nachweisen; nämlich durch vielfache, von Chiappelli sorgfältig und vollständig beigebrachte Uebereinstimmung des Inhaltes mit den Exceptiones des Petrus und ihrer Glosse, der Expositio terminorum, der Kölner Institutionenglosse, dem Brachylogus, dem Libellus de verbis legalibus, der Epitome Exactis regibus u. a., ja sogar noch mit der Accursischen Glosse[2]). Hier und da würde sich diese Uebereinstimmung freilich aus gemeinsamer Benutzung der Origines des Isidor oder ähnlicher Quellen erklären lassen; allein überall reicht man mit einer solchen Erklärung nicht aus, und überdies deutet ja auch die stereotype Benutzung einer und derselben Quelle wieder auf Zusammenhang durch die Gleichheit der Methode und die Gemeinsamkeit der wissenschaftlichen Ueberlieferung.

Steht nun nach äusseren sowohl wie nach inneren Rücksichten die Pistoieser Glosse einerseits mit der Rechtsliteratur und Rechtswissenschaft des sinkenden Alterthums, andererseits mit derjenigen des 11., 12. und 13. Jahrhunderts in Zusammenhang: so ist von neuem, und zwar diesmal durch ein ganz sicheres Mittelglied, die Verknüpfung der modernen Rechtswissenschaft mit der antiken durch die

---

[1]) Ich verweise bezüglich der Citirmethoden auf meine Nachweisungen in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 10 S. 338 ff., Bd. 11 S. 247 ff., sowie in meiner Ausgabe der Glosse zu den Exceptiones Legum Romanorum des Petrus S. 21 ff. und auf meine Juristischen Schriften des früheren Mittelalters S. 19 flg. — [2]) S. glo. 16, 19, 20, 56, 651, 654, 658, 663, 689, 690, 694, 713, 728, 742, 754, 755, 756, 775, 776, 788, 798, 801, 803, 812, 825, 858, 862, 884, 897, 921 mit den Nachweisungen Chiappelli's.

Kette ununterbrochener Ueberlieferung erwiesen, und die Annahme einer unvermittelten Neuentstehung der Rechtswissenschaft durch Irnerius oder, wie Conrat will, in der zweiten Hälfte des 11. Jahrh. muss daher vorbehaltlos aufgegeben werden. Insbesondere wird auch durch die häufige wörtliche Wiederkehr von Pistoieser Glossen in der Accursischen Glosse die völlige Haltlosigkeit der Schlussfolgerung Conrat's dargethan, dass etwas, was sich in Schriften der Glossatoren, insbesondere in der Glosse des Accursius finde, in der Glossatorenzeit und unter dem Einflusse der Glossatorenschule erst entstanden sei. Hier zeigt sich vielmehr Angesichts des Alters der Pistoieser Handschrift ganz augenfällig, dass den schriftstellerischen Leistungen der Glossatorenschule eine ältere Rechtsliteratur vorausgegangen ist, welche dieser Schule bekannt war und von ihr berücksichtigt wurde, was übrigens auch durch das eigene Zeugniss des Irnerius selber ausser Zweifel gestellt wird[1]. Das Verhältniss der Accursischen Glosse zu der Pistoieser Glosse macht es sogar sehr wahrscheinlich, dass gerade diese von den älteren Glossatoren als eine der ersten Grundlagen für ihre Glossirung des Codex benutzt worden ist. Und eine solche Vermuthung muss noch unbedenklicher erscheinen, wenn man beobachtet, dass ein grosser Theil der Pistoieser Glossen (in Chiappelli's Ausgabe durch ein beigesetztes D bezeichnet) in der dem 11. oder 12. Jahrh. angehörigen Darmstädter Handschrift des Codex (nr. 2000), ferner in der

[1]) Vgl. die bei Savigny IV. S. 465 nr. 31 abgedruckte Glosse des Irnerius zu L. 8 C. de iur. et facti ignor. 1, 18 in den Worten: „Sed quidam dicunt pariter haberi scientem et ignorantem ius sive factum." Zudem zeigt die Turiner Institutionenhandschrift, worin neben der bekannten alten, von einer Hand des 10. Jahrh. geschriebenen Glosse von etwa vierzehn verschiedenen Händen des 10., 11. und 12.(!) Jahrh. fortwährend neue, augenscheinlich aus mündlichen Bemerkungen bei dem Lehrvortrage stammende Glossen hinzugeschrieben sind, darunter solche, welche wie glo. 255, 365, 404, 424, schon ganz ausgeprägt die Bologneser Citirform aufweisen: dass noch im 12. Jahrh. und bereits unter den sichtlichen Einflüssen der Glossatorenschule ältere, ja darunter geradezu auf Justinian's Zeit zurückreichende juristische Literatur, und zwar eben in diesem Exemplar, bei dem Rechtsunterrichte gebraucht und zu Grunde gelegt worden ist.

Pariser Codexhandschrift des 11. Jahrh. (nr. 4516) wiederkehrt[1]). Jedenfalls wird dadurch bewiesen, dass diese Glosse im 11. Jahrh. verbreitet und also in der That im Stande war, auf die Arbeit der Glossatorenschule einen Einfluss zu üben. Uebrigens ist das alles bereits in gründlichster Weise von Chiappelli selbst (S. 17 flg.) ausgeführt.

Es entsteht nunmehr die Frage nach Alter und Heimat der Glosse, von Chiappelli auf S. 19 ff. erörtert.

Da die Handschrift dem Ende des 10. Jahrh. angehört, so kann zunächst die Glosse nicht jünger sein. Sie ist aber ferner zweifellos älter als die Handschrift, da sich aus einer ganzen Menge untrüglicher Anzeichen ergibt, dass der Schreiber der Handschrift nicht zugleich auch der Verfasser der Glossen war. Dieser Umstand und mancherlei allgemeine Erwägungen bestimmen Chiappelli, wenigstens den Grundstock der Glosse an den Anfang des 10. Jahrh., wenn nicht in eine noch ältere Zeit zu setzen. Ich kann zwar Chiappelli's Gründe nicht sämmtlich als vollbeweisend anerkennen, glaube aber gleichfalls, dass die Glosse in ihrem ursprünglichen Kern aus einer sehr frühen Zeit herstammt, wiewohl doch der Ausdruck „placitum" im Sinn von Gerichtssitzung oder Process in glo. 9 und 725, sowie der substantivisch gebrauchte Infinitiv „interesse" in glo. 80 sattsam beweisen dürfte, dass die Glosse nicht mehr im Alterthum selbst entstanden ist. Ich glaube es nämlich wegen des Inhaltes der glo. 82 ad L. 2 pr. C. de emphyt. iure 4, 66 v. aliae pactiones:

> Nota „alias pactiones" dici propter cap. supra dictum, ubi inueniuntur, si interierit tota res aut pars eius.

Mit diesem Citat kann schlechterdings nichts anderes gemeint sein als eine Hinweisung auf L. 1 C. eod. und anscheinend auch auf ein Scholion zu derselben. D i e s e L. 1 f e h l t n u n a b e r i n d e r P i s t o i e s e r H a n d s c h r i f t, wie ü b e r h a u p t i n d e m A u s z u g e d e s C o d e x, w e l c h e r d i e s e r H a n d s c h r i f t z u G r u n d e l i e g t[2]), und so wird

---

[1]) S. Chiappelli S. 18 und Krüger in der praefatio zu seiner grösseren Ausgabe des Codex p. VI. — [2]) S. die oben S. 3 Anm. 1 genannte Schrift Chiappelli's S. 12 a. E., Krüger's grössere Ausgabe des Codex Append. p. *52, *58.

man zu dem unabweislichen Schlusse gedrängt, dass die Pistoieser Glosse in ihren ursprünglichen Bestandtheilen aus einer Glosse zu dem vollständigen Codex entnommen und bei der Verfertigung jenes Auszuges aus der dazu benutzten Handschrift des Codex entsprechend abgeschrieben worden sei. Da nun schon am Anfange des 9. Jahrh. der Auszug in bereits wieder vermehrter Gestalt in den Schulen gebraucht wurde [1]), so darf man annehmen, dass seine Verfertigung der Zeit vor dem 9. Jahrh. angehört, so dass also auch die ursprüngliche Abfassung der Glosse dieser frühen Zeit zugewiesen werden muss. Es soll später noch gezeigt werden, wie auch die Beschaffenheit der Glosse ihrem Inhalte nach der Annahme einer so frühen Entstehung durchaus günstig ist.

Was den Ort der Entstehung anlangt, so besteht durchaus kein Grund, eine andere Heimat als Italien anzunehmen, ohne dass es freilich möglich wäre, den Ort noch näher zu bestimmen.

Ebensowenig scheint es mir, um eine ebenfalls von Chiappelli sorgfältig geprüfte Frage zu berühren, irgend einem Zweifel unterliegen zu können, dass der Verfasser der Glosse kein Grammatiker war, welcher den Codex nur aus literarischen und sprachlichen Rücksichten studirte und bearbeitete, sondern ein Jurist, welchem es auf den sachlichen Inhalt ankam; denn die Glossen eines Grammatikers hätten nothwendig ganz anders ausfallen müssen. Die mehrfach ersichtliche Benutzung der Origines des Isidor kann kein Bedenken erwecken; denn sie kehrt in den juristischen Werken der vorirnerischen Zeit überall wieder und erklärt sich leicht aus dem damals bestehenden engen Zusammenhange zwischen dem Rechtsunterrichte und der Unterweisung in der Grammatik, Rhetorik und Dialektik. Uebrigens machen gerade die meisten derjenigen Glossen, in welchen die Benutzung Isidor's bemerkbar ist, überhaupt die meisten derjenigen Glossen, welche nichts geben als eine in der erläuterten Stelle des Codex selbst nicht enthaltene Definition, nämlich

[1]) S. Krüger in der praefatio zu seiner genannten Ausgabe des Codex p. XVIIII.



der Glossen 16, 19, 20, 34, 56, 100, 775, 776, 792, 798, 897, stark den Eindruck, als ob sie nicht zu dem ursprünglichen Glossenbestande gehörten, sondern erst nachträglich beigefügt seien. Unbedenklich möchte ich dies zum mindesten von allen denjenigen unter denselben glauben, welche, wie glo. 20, 100, 775, 776, 792, 798, 897, nicht mit „Nota“, „id est“ oder „scilicet“ eingeleitet sind [1]). Denn erstens ist das doch eine recht auffallende Eigenthümlichkeit, und zweitens deutet bei den Glossen 775, 776 schon die aus dem Facsimile ersichtliche abweichende Form der Schrift auf spätere Zusätze hin. Sollten nicht vielleicht alle diese Glossen eben diejenigen sein, welche nach Chiappelli's Bemerkung auf S. 10 a. E. erst im 11. Jahrh. hinzugeschrieben worden sind? Der oben (S. 5) berührte Mangel näherer Angaben macht sich gerade hier in sehr empfindlicher Weise geltend. Zu Gunsten der Vermuthung erst nachträglicher Beifügung der meisten definirenden Glossen spricht auch noch der bemerkenswerthe Umstand, dass gerade nur diese Glossen es sind, in welchen nähere Beziehungen zu der Rechtsliteratur des 11. Jahrh. zu Tage treten.

Der Zweck der Abfassung der Pistoieser Glosse war zweifellos die Erleichterung und Unterstützung des Unterrichtes. Dies zeigen namentlich die offenbar auf Anfänger berechneten Worterklärungen, worunter in glo. 865 zu L. 2 C. si in fraud. patr. 6, 5 v. „per actionem Calvisianam“ die Bemerkung: „nomen est actionis“. So liefert die Glosse einen neuen Beweis, dass zu keiner Zeit des Mittelalters, und namentlich auch nicht in Italien, der schulmässige Rechtsunterricht aufgehört hatte.

Der innere Werth der Glosse ist ziemlich gering. Sie bietet, namentlich wenn man die Textverbesserungen und

---

[1]) Auch in glo. 776 ist dies nach dem Facsimile der Fall. In der Ausgabe ist das erste Wort „noxię“ durch Versehen ausgelassen. — Noch eine andere kleine Ungenauigkeit ist mir, beiläufig gesagt, dem Facsimile gegenüber in der Ausgabe aufgestossen. In glo. 55: „Nota. Si modo manumisso rem quam domino superripuit post manumissionem contractatur, furti accione teneatur“ ist nämlich nach dem Facsimile „supripuit“ und „contractat“ zu setzen. Beachtung verdient hier die italienisch anklingende Form „manumisso“ statt „manumissus“.

Angaben von Varianten sowie die so eben besprochenen definirenden Glossen ausscheidet, kaum etwas mehr als kurze Angaben des Hauptinhaltes der einzelnen Constitutionen und unbedeutende Worterklärungen, denjenigen verwandt, welche sich nach den Angaben Conrat's, Epitome Exactis regibus S. CCLII fg. in der ihrem Alter nach nahestehenden Bamberger Institutionenglosse (Handschrift des 9. oder 10. Jahrh.) finden. Chiappelli (S. 11, 28) erklärt dies aus dem niedrigen Stande der Rechtswissenschaft zur Zeit der Abfassung unserer Glosse, und ich will ihm darin durchaus nicht widersprechen. Doch ist wohl auch noch eine andere Erklärung möglich, welche sich mit jener bestens verträgt. Was die Glosse gibt, ist nämlich gerade dasjenige, was Justinian in Const. Deo auctore (= L. 1 C. de vet. iure enucl. 1,17) § 12 und in Const. Tanta (= L. 2 C. eod.) § 21 als „paratitla“ in Ansehung seiner Rechtsbücher allein gestatten will[1]. Und es wäre daher wohl denkbar, ja diese Annahme liegt Angesichts jener Verordnungen Justinian's wohl am allernächsten, dass im Hinblick auf sie der Verfasser der Glosse seiner Arbeit die angegebenen engen Grenzen gesteckt hätte. Das weist denn wiederum auf eine sehr frühe Entstehung derselben hin.

Für uns ist die Pistoieser Glosse, wie Chiappelli S. 22 ff. mit vollstem Rechte betont, und wie bereits im Verlaufe dieser Anzeige vielfach dargelegt worden ist, gerade bei dem gegenwärtigen Stande der literärgeschichtlichen Forschung von ausserordentlich grosser Bedeutung. Sie liefert namentlich auch die Bestätigung des von mir im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 110 ff. verfochtenen Satzes, dass die Pandekten gleich den übrigen Theilen des Corpus iuris zu keiner Zeit des Mittelalters unbekannt waren. Denn mehrere der in der Glosse vorkommenden Definitionen von Rechtsbegriffen sind wörtlich aus den Pandekten entnommen. So die in glo. 19 enthaltenen Definitionen von metus und vis aus L. 1, 2, 3 § 1 D. quod met. c. 4, 2, und die in glo. 792 auftretende Definition von certum aus L. 6 D. de

---

[1]) Ich beziehe mich hier auf meine Abhandlung in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 10 S. 340.



reb. cred. 12, 1. Will man nun, wofür doch eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, die glo. 19, weil sie mit Nota eingeleitet ist, zu den ursprünglichen Glossen, die gl. 792 zu den erst später hinzugekommenen rechnen, so ist die Bekanntschaft der Pandekten sowohl für die Zeit der ursprünglichen Entstehung der Glosse, als auch für die Zeit jenes späteren Zusatzes erwiesen [1]).

Vielleicht möchte man sich aber gerade auf die Pistoieser Glosse zur Erhärtung der Behauptung berufen wollen, mittels deren Einzelne die frühere Lehre von der unvermittelten Wiedergeburt der Rechtswissenschaft durch die Bologneser Schule immer noch zu einem freilich nur dürftigen Reste aufrechtzuhalten suchen, der Behauptung nämlich, dass die vorirnerische Rechtsliteratur überall das Gepräge der blossen „Handwerksmässigkeit“ zeige. Darauf ist indessen mit Chiappelli S. 12, 29 zu erwiedern, dass gerade diese Glosse vielmehr umgekehrt den Beweis wenn auch bescheidener, so doch immerhin wirklicher „Wissenschaftlichkeit“ liefert. Denn sie zeigt ja das Bestreben, die den einzelnen Constitutionen des Codex zu Grunde liegenden allgemeinen Grundsätze darzulegen, und das ist doch sicher keine „handwerksmässige“, sondern eine „wissenschaftliche“ Thätigkeit, nicht minder als der Anfang von Textkritik, wie er in der reichhaltigen Angabe anderer Lesarten und in den vielfachen Verbesserungen des mangelhaften Textes der Handschrift unverkennbar zu Tage tritt. Was ist überhaupt „Handwerk“ im Gegensatze zur „Wissenschaft“? Dürfte es schon schwer genug sein, die Grenze zwischen Handwerk und Kunst zu ziehen, so steigert sich die Schwierigkeit noch gar sehr, wenn das „Handwerk“ in bloss bildlicher Verwendung der „Wissenschaft“ entgegengesetzt wird. Kann man es Niemandem wehren, einen geringeren Grad von Wissenschaftlichkeit als „Handwerksmässigkeit“ zu bezeichnen, so hat doch Derjenige ebenso Recht, welcher darin bereits eine „Wissenschaftlichkeit“ erblickt. So droht

---

[1]) Vgl. auch Chiappelli S. 15. Beachtung verdient, dass die Digestenstellen alle dem Digestum vetus angehören, welches vor dem 12. Jahrh. weit mehr als die anderen Theile gebraucht wurde.

bei solcher Stellung der Frage der Streit in einen blossen Wortstreit auszuarten. Und doch ist es für die Hauptfrage, ob die Rechtswissenschaft des 12. Jahrh. ohne Anknüpfung an eine frühere Jurisprudenz bloss aus der Beschäftigung mit dem Corpus iuris selbst hervorgegangen sei, oder auf einer solchen früheren Jurisprudenz fusse und durch ihre Vermittelung mit der Jurisprudenz des Alterthums in einem ununterbrochenen Zusammenhange stehe, — es ist für diese Hauptfrage völlig gleichgültig, ob, gesetzt dass das zweite richtig, diese vermittelnde Jurisprudenz als eine „wissenschaftliche" oder als eine „handwerksmässige" zu betrachten ist. Ich habe übrigens bereits im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 156ff. nachzuweisen gesucht, dass selbst bei strengeren Anforderungen an den Begriff der „Wissenschaftlichkeit" nicht bloss im ganzen 11., sondern auch schon im 10. und 9. Jahrh. wirklich „wissenschaftliche" Leistungen auf dem Gebiete der Jurisprudenz zu finden sind, und für das 11. Jahrh. wird es sich im Verlaufe der gegenwärtigen Abhandlung noch weiter ergeben. Immerhin scheint mir zur Verhütung unfruchtbarer Vergeudung kostbarer wissenschaftlicher Kräfte der Versuch nicht überflüssig, die Frage, ob Wissenschaft oder Handwerk, zu einer noch bestimmteren, von Jedermann anzuerkennenden Entscheidung zu bringen. Und dazu, glaube ich, kann die folgende Betrachtung führen.

Will man zwischen „Wissenschaft" und „Handwerk" überhaupt ein festes Unterscheidungsmerkmal aufsuchen, so wird es sicherlich nur darin zu finden sein, dass das Handwerk mechanisch und ohne Nachdenken über die Gründe seines Verfahrens der einmal bestehenden, durch Uebung und Gedächtniss erlernten Ueberlieferung folgt, während die Wissenschaft auf die Gründe zurückgeht und die richtige Behandlung jedes einzelnen Falls durch die Anwendung und Verbindung allgemeiner Grundsätze, durch Analyse und Synthese, zu gewinnen sucht. Das Handwerk kennt demnach auch keinen wahren Streit und Zweifel. Es beruht überall auf festen Regeln; was diesen entspricht, ist richtig, was ihnen nicht entspricht, unrichtig, und jeder Meister des Faches ist im Stande, darüber mit vollster

Sicherheit zu urtheilen. Ganz anders die Wissenschaft. Ihr Lebenselement ist das Selbstdenken, die geistige Freiheit. Diese Freiheit führt aber nothwendig auch zum geistigen Kampfe, und wo wir einem solchen Kampf, einem wechselseitigen Streiten mit Gründen und einem dadurch erzeugten inneren Zweifel begegnen, da stehen wir nicht mehr dem Handwerke, sondern der wirklichen, wenn auch vielleicht noch sehr bescheidenen und unentwickelten, Wissenschaft gegenüber.

So spitzt sich unsere Frage schliesslich dahin zu, ob in den ersten Jahrhunderten des Mittelalters juristische Streitfragen bestanden, und ob die Rechtskundigen der damaligen Zeit zufolge widerstreitender Gründe das Gefühl des Zweifels über die Entscheidung eines Falles kannten, oder nicht. Diese Frage lässt sich aber mit vollster Bestimmtheit, und zwar im bejahenden Sinn, beantworten. Denn

1) In dem um 799 verfassten Gedichte des Bischofs Theodulf von Orléans: Versus contra iudices (früher gewöhnlich sog. Paraenesis ad Iudices) steht folgende, schon in meiner Schrift über die Heimat und das Alter des Brachylogus S. 29 Anm. 54 mitgetheilte Stelle (v. 667 sqq.):

> Cum perplexa forum resonabit causa per omne,
>   Lasset ut ambiguo teque suosque suo,
> Indic causidicis ab utraque silentia parte,
>   Ne ius perturbent, dum sua quisque boat,
> Cumque viris paucis, omni reticente caterva,
>   Rem bene volve libens atque revolve diu,
> Quatenus invento tandem sine crimine calle
>   Lis fera sedetur, ius sua cuique ferat.

Hier haben wir doch in bester Form den Streit (die disputatio fori) und den dadurch, wie schon durch die Beschaffenheit der Sache selbst erregten Zweifel, welcher zu seiner Lösung der reiflichsten Erwägung und Berathung mit Anderen bedarf. Ja wir sehen sogar, was noch durch eine in meiner genannten Schrift S. 29 Anm. 53 mitgetheilte Stelle aus einem anderen Gedichte Theodulf's: De septem Liberalibus in quadam pictura depictis bewiesen wird, dass

am Ende des 8. Jahrh., ebenso wie im Alterthum und wie noch jetzt, die rhetorische und dialektische Kunst bei der Verhandlung von Rechtsstreitigkeiten vor Gericht zur Anwendung kam, was natürlich Schulen voraussetzt, in welchen diese Kunst gelehrt und geübt wurde. Was ist das alles aber anderes als wissenschaftliche Behandlung des Rechtes?

2) In einem von mir im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 170 mitgetheilten Capitel (De actione usucapti) einer dem 9. Jahrh. zuzuweisenden Schrift ist von der damals bestehenden interessanten Streitfrage die Rede, ob Derjenige, welcher in gutem Glauben zu usucapiren angefangen hat, die Usucapion fortsetzen könne oder nicht, wenn er später erfahre, dass die Sache eine fremde sei. Und diese Frage wird in einer auch von unserem Standpunkte sehr hübschen und scharfsinnigen Weise gelöst. Auch hier ganz zweifellos echte, und gar nicht verächtliche Wissenschaft.

3) In der (gleichzeitigen) Lebensbeschreibung des Papstes Leo IX. (geb. 1002, gest. 1054) findet sich (Lib. I. cap. IV. — Mabillon, Acta Sanctor. ord. S. Bened. Saec. VI. p. II. p. 55) folgender Bericht über den Unterricht an der Domschule zu Toul am Anfange des 11. Jahrh., damit aber, wie die Fassung zeigt, zugleich über die damalige Methode des Unterrichtes an allen Schulen der artes liberales:

> Nempe, ut primum competit rudibus, decurso artium trivio non solum claruerunt prosa et metro, verum et forenses controversias acuto et vivaci oculo mentis deprehensas expediebant seu removebant sedulo.

Also hier der bestimmte Beweis, dass sogar die Jugend bei dem mit der Lehre der artes liberales verbundenen elementaren Rechtsunterrichte in der Behandlung juristischer Streitfragen und in der Anwendung der Dialektik auf juristische Dinge, also in wissenschaftlicher Handhabung des Rechtes, geübt wurde. Sehr begreiflich; ging doch die Richtung der damaligen Bildung ganz vorzugsweise auf Schulung in der Grammatik, Rhetorik und Dialektik, und liess sich doch dafür die Heranziehung streitiger Rechtsfragen ganz vorzugsweise nutzbar machen. Zum Belege

jener Richtung kann die Bezugnahme auf den (zwischen 1047 und 1056 verfassten) „Rednerkampf" Anselm's des Peripatetikers (herausgegeben von E. Dümmler, Halle 1872) und auf die Schriften des H. Petrus Damiani (geb. Ende 1006 oder Anfang 1007, gest. 22. Febr. 1072) genügen, welche überhaupt sehr wichtige Beiträge zur Geschichte des Unterrichtswesens liefern. Ich begnüge mich hier mit der Hinweisung auf das merkwürdige Opusc. XXXVI., an den gelehrten Abt Desiderius zu Monte Cassino, später Papst Victor III., gerichtet (anscheinend aus der zweiten Hälfte des Jahrs 1067), worin Damiani, anknüpfend an eine mündliche Unterredung mit Desiderius über die von diesem verneinte Frage: „utrum Deus possit reparare virginem post ruinam" zu beweisen sucht, dass Gott, kraft seiner Allmacht, auch geschehenes ungeschehen machen könne. In cap. V. führt er unter anderem aus: wenn man behaupte, dass Gottes Allmacht der Vergangenheit gegenüber Schranken gesteckt seien, so müsse man folgerecht das nämliche auch für die Gegenwart und die Zukunft behaupten. Denn ob man gleich von Dingen rede, welche ebensowohl eintreten wie nicht eintreten könnten, wofür der Kunstausdruck „ad utrumlibet" in Gebrauch sei, so sei dies doch nur „iuxta variabilem naturam rerum" richtig, nicht aber „iuxta consequentiam dictionum". Denn „quantum ad consequentiam disserendi, si futurum est ut pluat, necesse est omnino ut pluat, ac per hoc prorsus impossibile est ut non pluat. Quod ergo dicitur de praeteritis, hoc consequitur nihilominus de rebus praesentibus et futuris: nimirum ut, sicut omne quod fuit, fuisse necesse est, ita et omne quod est, quamdiu est, necesse sit esse, et omne quod futurum est, necesse sit futurum esse, atque ideo quantum ad ordinem disserendi quidquid fuit, impossibile sit non fuisse, et quidquid est, impossibile sit non esse, et quidquid futurum est, impossibile sit futurum non esse". Dabei wird, was hier besonders wichtig ist, noch bemerkt, dass diese Dinge „a pueris tractantur in scholis" und später, dass sie „a parvis scholaribus in scholis" ventilirt würden. Leute, welche solche Fragen so behandelten, waren doch sicherlich keine „Handwerker", und einem Zeitalter, in welchem die Knaben von

klein auf in dieser Weise logisch und dialektisch geschult wurden, ist doch, mag man von der Zweckmässigkeit der Methode denken wie immer, die „wissenschaftliche" Richtung gewiss nicht abzusprechen.

Wenn man aber, wie das Beispiel zeigt, die Dialektik bei der Erörterung der allerhöchsten Fragen anwandte, so ist es von vornherein völlig undenkbar, dass man sie nicht auch auf Rechtsfragen angewendet haben sollte, bei denen doch die dialektische Behandlung, ja sogar die Versuchung zum Missbrauche der Dialektik so ganz besonders nahe liegt. Dass es aber auch wirklich geschah, beweist der flüchtigste Blick auf die Expositio zum Liber Papiensis und die danach zwischen den Papienser Juristen der ersten Hälfte des 11. Jahrh. verhandelten Streitfragen. Ferner beweisen es die beständigen Klagen des Petrus Damiani über die dialektischen Spitzfindigkeiten und cavillationes der Juristen[1]). Zudem zeigt sein Streit mit den Juristen zu Ravenna über die Ausdehnung des Ehehindernisses wegen Blutsverwandtschaft, dass er selbst auch auf dem juristischen Gebiete keineswegs ein „Handwerker" war, worauf ich im Verlaufe noch näher zurückkomme.

Endlich ist noch folgendes zu beachten. Gesetzt dass vor dem Ende des 11. Jahrh. nur ein „handwerksmässiger" Betrieb des Rechtes bestanden hätte, so müsste das doch nothwendig die Consequenz gehabt haben, dass bloss die unmittelbar mit der Anwendung des Rechtes befassten eine gewisse dürftige Rechtskenntniss besessen hätten, während dieses Gebiet der

---

[1]) So schreibt er im Opusc. XLII. dissert. II. dem „causidicus" Atto in der praef.: er (Atto) habe gelobt, sich dem mönchischen Leben zu widmen; jetzt aber wolle er nicht bloss sein Gelübde brechen, „sed et id fieri posse, per multas argumentorum versutias cavillaris". Ferner sagt er in Opusc. XII. c. XXIX. unter anderem: „A iudicibus iustitia venditur, a legis peritis veritas tenebroso cavillatoriae argumentationis colore fuscatur. venales sunt siquidem leges etc. — — Nummus nempe momenta legibus tribuit atque ad suum intellectum obscuras sententias falsus interpretator inflectit". Auch in seiner Streitschrift gegen die Juristen zu Ravenna: De parentelae gradibus (Opusc. VIII.) spricht er, wiewohl hier ungewöhnlich rücksichtsvoll im Ausdrucke, in cap. VI in. von der dialektischen Art der Behandlung und den „multimoda cavillationum argumenta" seiner Gegner.

übrigen Bevölkerung und ihrem Interesse völlig fremd gewesen wäre. In Wirklichkeit findet man aber gerade das Gegentheil. Anselm der Peripatetiker wirft in seinem auf ein grosses Publicum berechneten Werke bei jeder Gelegenheit mit recht oder schlecht verstandenen juristischen Ausdrücken um sich und thut sich sichtlich auf seinen wiewohl doch nur sehr armseligen Schatz juristischen Wissens nicht wenig zu gute [1]). Auch Petrus Damiani, welcher allerdings eine weit bessere juristische Bildung hatte, aber nach seinem Eintritte in das Kloster doch vorzugsweise für Nichtjuristen schrieb, ergeht sich nicht selten in juristischen Wendungen [2]).

[1]) Sein Widmungsbrief an den Kaiser Heinrich III. (Dümmler, Anselm d. P. S. 16) beginnt mit den Anfangsworten des prooem. Inst. In der Widmung an seinen Lehrer, den Philosophen Drogo zu Parma, steht (S. 19) folgender schwülstige und unverdaute Satz: „Quamuis enim emancipacionis iure a te quondam fuerim solutus, iam tamen per domnum Sichelmum adoptionis uinculo tuo iuri uideor colligatus; et qui antea fueram nemancipi, nunc per Sichelmum tibi factus sum mancipi“. In lib. I. kommt (S. 30) gelegentlich vor: „Quare causa cecidisti qui non quemadmodum oportet egisti“. In lib. III. (S. 48) sagt er seinem fingirten Gegner Rotland als Einleitung eines ihm angedichteten recht schlüpfrigen Handels, dieser habe einem Mädchen, welches ihm sonst nicht getraut haben würde, eidlich die Ehe versprochen („Iureiurando enim sibi promiseras maritale conubium nuptias legittimas“), und citirt dabei wörtlich ein Stück von Iul. Epit. LXVII. c. 4. Etwas später (S. 50) folgt dann ein neues Citat aus Iul. Epit. XXXVI. c. 7, weiterhin (S. 53) die wahrscheinlich dem langobardischen Rechte (vgl. Edict. Roth. cap. 226 cum Expos.) entnommene Bemerkung: „Cuius ergo dominium professus es, illius legem debes; in legibus enim legimus, domini sui lege seruum uiuere debere“: das alles offenbar einzelne aus der Schule hängen gebliebene Brocken; denn dass Anselm kein Jurist von Fach, sondern bloss Rhetoriker und Dialektiker war, zeigt sich überall. — [2]) So steht z.B. in Opusc. XII. (Apologeticum de contemptu saeculi. An den Eremiten Albizo und Petrus „de mundi rhetore iam Christi philosophum“ gerichtet) c. XXIX. im Zusammenhange der schon oben S. 19 Anm. 1 citirten Aeusserung auch noch: „Quis alieni iuris violenter invasor paterno solo depulsos in patrimonia sublata restituit? — — Quis exactor egeno debitori praefixum chirographo foenus indulsit? Quis debitor creditoris heredibus bonae fidei iura servavit? — — Aurum nunc ipsis senatoribus praesidens in tribunalibus iudicat et velut imperator quidam pragmaticae sanctionis edicta promulgat“. Im Opusc. XVIII. dissert. II. (Schreiben an den Bischof Cunibert zu Turin aus dem Herbste 1063) cap. VII. redet er

Aber sogar sein Schüler und Biograph Johannes Laudensis (geb. 1026, gest. 1106), obgleich Mönch und sicher Nichtjurist, lässt in cap. I. seiner Vita B. Petri Damiani bei der Erzählung, dass die Mutter des Petrus aus Ueberdruss über die grosse Zahl ihrer Kinder ihm Anfangs die Brust verweigert habe, den folgenden drolligen Satz einfliessen (nach meiner Beobachtung allerdings das einzige juristische, was in der Biographie vorkommt): „sic filium, antequam vivere discat, emancipat et, quod possidere solum posset, a possessione materni pectoris exheredat". Das sind doch ganz untrügliche Anzeichen, dass eine gewisse Kenntniss der juristischen Begriffe und der Sinn für diese Dinge allgemein verbreitet und bei jedem Gebildeten vorauszusetzen war; sonst hätte man sich ja doch in Schriften, welche vorwiegend für Nichtjuristen bestimmt waren, der Rechtssprache in solcher Art gar nicht bedienen können. Offenbar vermied man das aber nicht nur nicht, wie es heutzutage unter gleichen Umständen selbst von Seite des Juristen geschehen würde, sondern man fühlte sogar das Bedürfniss, mindestens durch einige juristische Floskeln das genügende Maass allgemeiner Bildung zu bekunden. Durch diese Erscheinungen erhält in der That die bekannte Stelle in dem Tetralogus des Wipo (a. 1041), wonach in Italien die Unterweisung im Recht ein wesentliches Stück jeder höheren Bildung war, ihre glänzende Bestätigung.

Und dennoch sollte man, zudem in einer Zeit, in welcher jedes andere Fach bis auf die Kunst des Briefschreibens, welche wir doch der schulmässigen Erlernung gar nicht mehr für bedürftig und werth halten, wissenschaftlich und schulmässig behandelt wurde, das Recht und gerade allein das Recht allgemein und mit wundersamer Hartnäckigkeit bloss handwerksmässig behandelt haben, wiewohl doch die

---

die Concubinen der Kleriker an, theilt ihnen unter anderem mit, dass nach einem Synodalbeschlusse unter Leo IX. alle in Rom betroffenen Zuhälterinnen der Priester dem Lateran als Mägde zugesprochen werden sollten, und meint, diese heilsame Bestimmung sollte überall getroffen werden „aequitatis scilicet iure, ut quae sacris altaribus rapuisse servorum Dei convincuntur obsequium, ipsae hoc saltem episcopo per diminuti capitis sui suppleant famulatum". U. dgl. m.



Beschaffenheit der Justinianischen Gesetzgebung unabweisbar zu wissenschaftlicher Behandlung trieb? Das wäre doch gar nicht zu glauben, selbst wenn uns nicht die sichersten Beweise des Gegentheils zu Gebote stünden. Einen neuen, und zwar völlig schlagenden Beweis wird sofort die zweite der hier zu besprechenden Schriften ergeben.

Bevor ich jedoch zu dieser Besprechung übergehe, will ich in Kürze noch eine Frage berühren, mit welcher sich Chiappelli's Abhandlung zwar nur beiläufig, aber doch sichtlich mit vollster Absicht, beschäftigt.

In einer 1885 in der Rivista Storica Italiana Vol. I. fasc. II. erschienenen kleinen aber vortrefflichen Arbeit hatte er sich meiner Ansicht angeschlossen und diese sogar mit neuen gewichtigen Gründen vertheidigt, dass die Vaticanische Glosse zum Brachylogus nicht in Italien, sondern in Frankreich verfasst sei. Im Hinblick auf eine von mir im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 142 Anm. 1 a. E. gemachte Bemerkung lag ihm nun aber offenbar viel daran, die Annahme abzuwehren, als sei er auch mit der Versetzung des Brachylogus selbst nach Frankreich einverstanden. Dies hat er daher nicht bloss in einer Anzeige meiner eben erwähnten Abhandlung in der Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali, sondern auch in seiner Erörterung über die Pistoieser Glosse S. 26 fg. gethan. Er spricht hier und noch deutlicher dort die Vermuthung aus, dass das Werk schon in einer früheren Zeit des 11. Jahrh. und nicht in Frankreich, jedenfalls nicht in Orléans, sondern in Italien entstanden sei. Ich kann aber seine Gründe nicht als stichhaltig erkennen. Denn wenn er sich zu Gunsten der Annahme dieser Entstehungszeit auf die Beschaffenheit des Cueser Auszuges beruft, so lassen sich doch wohl sämmtliche Eigenthümlichkeiten desselben zur Genüge auch dann erklären, wenn man zwischen der Abfassung des Brachylogus und der Verfertigung des Auszuges einen Zwischenraum von 30—40 Jahren voraussetzt. Wenn Chiappelli ferner meint, der Brachylogus könne schon deswegen nicht wohl nach Orléans versetzt werden, weil sein Charakter zu sehr von der bekannten späteren Methode der Schule zu Orléans abweiche, welche, weit entfernt von

getreuer Wiedergabe des Justinianischen Rechtes, es beständig durch Einmengung fremder Elemente umzugestalten gesucht habe, weshalb in Italien der Ausdruck „glossa Aurelianensis“ als Bezeichnung falscher Auslegung sprichwörtlich geworden sei: so handelt es sich hier doch erstens, auch wenn man meiner Ansicht gemäss den Brachylogus der Wende des 11. und 12. Jahrh. zutheilt, um eine Zwischenzeit von nahezu zwei Jahrhunderten, während welcher sich in Orléans manches ändern konnte, und zweitens enthält ja, wie ich in meiner Schrift über die Turiner Glosse und den Brachylogus S. 72 ff. erwiesen, gerade auch der Brachylogus recht viele dem Justinianischen Rechte fremde Sätze, welche, wie in meiner neueren Abhandlung über die Heimat und das Alter des Brachylogus S. 19 ff. gezeigt, zum Theil darauf beruhen, dass die Schule, deren Erzeugniss das Rechtsbuch ist, ursprünglich von dem westgothischen Breviar ausgegangen und erst später zu einer Berücksichtigung auch des Justinianischen Rechtes übergegangen war. Ein Schluss aus dem Verhältnisse des Brachylogus zu dem Justinianischen Rechte muss also, wenn man einmal jene spätere Methode der Schule von Orléans hier heranziehen zu dürfen glaubt, weit eher geneigt machen, ihn dieser Schule zuzuschreiben, und es wäre in der That der Mühe werth zu untersuchen, ob dasjenige, was die Italiener der glossa Aurelianensis als falsche Auslegung vorwarfen, nicht zu einem Theil mit dem Inhalte des Brachylogus übereinstimmt, also auf den Einfluss desselben zurückgeht. Ein weiterer Grund, und zwar ein von ihm in der Rivista critica ganz vorzugsweise betonter Hauptgrund Chiappelli's ist nun aber der, dass der Stand der juristischen Bildung in Frankreich, wenn auch im karolingischen Zeitalter recht hoch, nach 1000 jedenfalls viel niedriger als in Italien gewesen sei, und dass daher im 11. Jahrh. nur hier, nicht aber dort die Bedingungen für die Entstehung eines Werkes von solcher Güte bestanden hätten. Indessen dürfte es doch höchst misslich sein, in dieser Weise aus allgemeinen Verhältnissen zu folgern, von denen wir noch so ungemein wenig wissen. Es handelt sich ja gerade erst darum, aus äusseren Anhaltspunkten den damaligen Stand der Jurisprudenz in Frankreich wie in Italien

zu ermitteln, und fünfzig Jahre nach der Eröffnung der weltberühmten Schule des Lombarden Lanfrancus zu Bec kann schwerlich zwischen der italienischen und der französischen Bildung ein so starker Unterschied gewesen sein. Es bleibt demnach nur noch Chiappelli's letzter Grund, der Hinweis auf das antikere Gepräge und die grössere Reinheit der Sprache des Brachylogus im Vergleiche zu anderen juristischen Schriften des 11. Jahrh., Eigenthümlichkeiten, welche sich nicht aus einer Verschiedenheit der Schulen allein erklären liessen, sondern auf einen älteren Ursprung des Brachylogus deuteten. Aber gerade die Güte und Klarheit der Darstellung und das verhältnissmässig reine Latein sind, wie ich schon in meiner Schrift über die Heimat und das Alter des Brachylogus S. 42 bemerkt habe, noch sehr gewichtige Gründe, das Werk in die letzten Jahre des 11. oder in die ersten des 12. Jahrh. und nach Frankreich, und zwar gerade nach Orléans oder in die Nähe dieser Stadt, zu versetzen. Denn in Frankreich hatten seit dem Ende des 11. Jahrh. die classischen Studien, um mit Adolf Gaspary, Geschichte der Italienischen Literatur Band I. (Berlin 1885) S. 45 zu reden, „so glänzende Fortschritte gemacht, dass sich die Italiener mit ihnen kaum messen konnten. So wie man in Salerno Medicin, in Bologna die Rechte, in Paris Theologie studirte, so war Orléans berühmt und von weit und breit besucht als die wahre Stätte für das Studium der classischen Autoren". Gerade hier also ist in der damaligen Zeit ganz vorzugsweise ein guter lateinischer Stil zu erwarten. Ferner bemerkt Wattenbach in einer interessanten Abhandlung über Briefsteller des Mittelalters (Archiv für Kunde österreichischer Geschichts-Quellen Bd. 14 S. 56): „Wir finden aber in Frankreich auch eine förmliche Schule für diese Kunst (die ars dictandi), und zwar in der Nähe von Orléans, damals einem Hauptsitze der humanistischen und juristischen Studien, in dem Stifte Magdunum oder S. Lifard an der Loire [1]), welches schon im eilften Jahrhundert durch einen

[1]) Nach Dümmler's gefälliger Auskunft vielmehr das unweit von Orléans südwestlich an der Loire gelegene Meung.

Meister Hubert bekannt war, dessen Tod der Bischof Balderich von Dole (1107—1130) beklagt.“ Es hat also auch gar kein Bedenken, Orléans als die Heimat eines damals entstandenen juristischen Werkes zu betrachten. Zudem hat neuestens Denifle, Die Entstehung der Universitäten des Mittelalters bis 1400 (Berlin 1885) S. 252 ff. nicht bloss (S. 254 Anm. 143) ein bisher unbekanntes Schreiben von Bonifacius VIII. vom 1. März 1301 beigebracht, welches übereinstimmend mit der bekannten Bulle Clemens' V. vom 27. Januar 1306 (nach früherer Annahme 1305) erklärt, dass das Studium Aurelianense „in diversis florere scientiis presertim in utroque iure ab antiquis temporibus consuevit“, sondern auch aus anderen bisher unbekannten Urkunden nachgewiesen, dass in Orléans schon am Anfange des Jahres 1235 — und zwar nicht etwa als eine neue Einrichtung — eine grössere Zahl von Lehrern unter Zulauf einer bedeutenden Menge von Scholaren das römische Recht vortrug, und dass die dortige Rechtsschule in der zweiten Hälfte des 13. Jahrh. ein sehr bedeutendes Ansehen genoss, am Ende des 13. Jahrh. aber als Schule des römischen Rechtes einen Weltruf erlangt hatte. Erwägt man nun andererseits, dass auch im 11. Jahrh. die Schulen zu Orléans in grossem und weitverbreitetem Rufe standen, wofür ich mich auf die Nachweisungen in der Histoire litéraire de la France t. VII. p. 100 s. (s. auch meine Schrift über die Heimat und das Alter des Brachylogus S. 34) beziehe, und dass damals an allen Schulen der artes liberales auch das Recht gelehrt wurde: so ergibt sich von selbst die Vermuthung, dass die dortige Rechtsschule des 13. Jahrh. nur die einfache Fortsetzung einer entsprechenden Schule des 12. und 11. Jahrh. gewesen sei, und diese Vermuthung wird noch gar sehr verstärkt durch die zuerst von Maassen im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 2 S. 221 bekannt gemachte Bemerkung einer um 1170 zu Paris verfassten Summe zu Gratian's Decret, dass sich in Orléans der codex Theodosianus befinde[1]).

---

[1]) Die bei weitem nicht genugsam beachtete Stelle ist von so grosser Bedeutung für die Rechtsgeschichte, dass ich sie auch hier

Das alles sind doch Umstände, welche die für Orléans als den Entstehungsort des Brachylogus sprechende Wahrscheinlichkeit erheblich steigern.

Erwägt man nun schliesslich noch das oben erwähnte, mit voller Sicherheit (vgl. S. 25 Anm. 1) auf die Abfassung in Frankreich hinweisende Verhältniss des Brachylogus zu dem Breviar und die enge Verwandtschaft, welche nach Inhalt und Ausdruck zwischen dem Brachylogus selbst und seiner Vaticanischen Glosse besteht, eine Verwandtschaft, welche die Annahme schlechterdings ausschliesst, dass die Glosse und das Rechtsbuch an weit auseinander liegenden Orten und in ganz verschiedenen Ländern entstanden sein könnten: so wird, namentlich wenn man einmal mit Chiappelli die Glosse nach Frankreich versetzt, der Widerspruch gegen die Annahme der gleichen Heimat des Brachylogus selbst doch wohl aufgegeben werden müssen. Und ich schmeichle mir daher mit der Hoffnung, Chiappelli werde, nachdem er mir bereits in Ansehung der Glosse ein mir überaus werthvolles Zugeständniss gemacht hat, auch bezüglich des Rechtsbuches selbst noch auf meine Seite treten, wie dies jetzt zu meiner Freude auch Ficker gethan in der Schrift (S. 45), an welche ich nunmehr herantrete.

---

wörtlich mittheilen will, und zwar mit Rücksicht auf die neuere Lesung von v. Schulte, Zur Geschichte der Literatur über das Dekret Gratian's. Zweiter Beitrag. (Bes. Abdruck aus den Sitzungsberichten der phil.-histor. Cl. der Wiener Akademie. Bd. 64 S. 93 ff.) S. 27. Sie bezieht sich auf c. 24 C. II. q. 6 (Paul. Sent. V. 36 cum interpr.) verb. „Ista iam superius" rel. und lautet so:

> Haec possunt esse verba G(ratiani) dicentis „superius" i. e. superiore parte Theodosiane legis; vel sunt verba ipsius imperatoris Theodosii. sed cum Theodosianus codex non sit in Lombardia, est enim Aurelianis et apud scm. Dionysium, videtur, quod G. has leges sumpsisset de canonibus Ivonis, quos (*leg.* quas) quidem inducit, non quomodo teneant, sed ne ignorentur.

Sehr wichtig ist hier namentlich auch das ausdrückliche Zeugniss, dass das Breviar in der Lombardei nicht vorhanden sei.

II.

Ueber die Entstehungsverhältnisse der Exceptiones Legum Romanorum. Von Julius Ficker. Innsbruck 1886. (Aus den „Mittheilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung“ — II. Ergänzungsband S. 1 ff. — besonders abgedruckt.)

Ficker hat schon in seinen Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens Bd. 3 S. 117 ff. (1870), sowie in seiner Abhandlung über die Zeit und den Ort der Entstehung des Brachylogus iuris civilis (Sitzungsberichte der phil.-hist. Cl. der Wiener Akademie Bd. 67 S. 628 ff. — 1871) die Annahme zu begründen gesucht, dass das unter dem Titel „Petri Exceptiones Legum Romanorum“ bekannte Werk, wenn auch in der uns vorliegenden Gestalt zweifellos aus Südfrankreich herstammend, nur Ueberarbeitung einer älteren Quelle sei, welche noch im 11. Jahrh. zu Ravenna oder doch unter dem Einflusse der dortigen Schule entstanden sein möchte. Untersuchungen über die Eheschliessung im Mittelalter haben ihn von neuem an die Frage herangeführt, und wie wichtig das Rechtsbuch für solche Untersuchungen ist, erhellt zur Genüge schon aus dem Umstande, dass sich in Petr. IV, 44 der Sache nach die Unterscheidung der sponsalia de futuro und de praesenti findet, — unter der Voraussetzung der Entstehung des Petrus oder seiner Quelle im 11. Jahrh. bei weitem die früheste Spur dieser Unterscheidung. Ficker sucht nun in der gegenwärtigen Abhandlung, bei welcher er in der günstigen Lage war, viele durch jene Untersuchungen gewonnene Haltpunkte zu verwerthen, gegenüber den von Conrat in der Einleitung seiner Ausgabe der Epitome Exactis regibus und von mir im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 127 ff. ausgesprochenen Ansichten von neuem zu erweisen, dass das Rechtsbuch auf eine der Schule zu Ravenna zuzuweisende Quelle zurückgehe, mit der Erweiterung seiner früheren Ansicht, dass diese Quelle vor der Mitte des 11. Jahrh. entstanden sein müsse. Ich halte, um das sogleich zu sagen, das zweite für vollkommen bewiesen, das erste mindestens für sehr wahrscheinlich gemacht.

Dass die Exceptiones des Petrus in der Gestalt, in welcher sie in der alten Strassburger Ausgabe von Joh. Schott (1500) und in der von Barkow besorgten Ausgabe im zweiten Bande von Savigny's Geschichte des röm. Rechts im M. A. vorliegen (in der Folge als „Petrus“ bezeichnet), kein ursprüngliches, unmittelbar und bloss aus dem Corpus iuris geschöpftes Werk sind, ist schon seit Stintzing's Darlegung in der Geschichte der populären Literatur des röm.-kanon. Rechts in Deutschland (1867) S. 72ff. von niemandem bezweifelt. Ebenso ist durch Stintzing klargestellt, dass das sog. Tübinger Rechtsbuch, wenn auch mit dem Petrus auf das engste verwandt, gleichwohl als ein anderes Werk von ihm unterschieden werden muss. Ferner hat er erwiesen, dass das sog. Gratzer Rechtsbuch, wenigstens zu einem Theil, mit jenen Rechtsbüchern gemeinsamen Ursprunges ist. Als ein weiterer Zweig desselben Stammes ist sodann von Schulte in den Sitzungsberichten der phil.-histor. Cl. der Wiener Akademie Bd. 57 S. 171 ff. (Sitzung vom 30. Okt. 1867) ein Stück (nämlich cap. 251—279) einer in einer Prager Handschrift aus der Mitte des 12. Jahrh. enthaltenen, zwischen 1123—1131 wahrscheinlich in Frankreich entstandenen Sammlung („Prager Sammlung“) aufgewiesen. Endlich gehört hierher nach E. Caillemer, Le droit civil dans les provinces anglo-normandes au XIIe siècle (1883) p. 20 ss. und nach privater Mittheilung des Herrn Caillemer die von ihm sog. Summa Bellinensis, enthalten in einer jetzt Herrn Gaspard Bellin zu Lyon gehörigen Handschrift aus dem Ende des 12. oder Anfange des 13. Jahrh., vermuthlich (s. Conrat, Epitome Exactis regibus S. II fg.) nordfranzösischen Ursprunges.

Schon diese Aufzählung beweist, dass es sich um eine Literatur handelt, welche bis in das 13. Jahrh. hinein (s. auch Savigny II. S. 135) namentlich in Frankreich einen wichtigen Einfluss ausübte, und ich werde dafür im Verlaufe noch neue Belege beibringen. Es erhellt also, dass die Frage nach ihrem Ursprunge für die Rechts- und Literärgeschichte eine der allerwichtigsten ist.

Ficker sucht sie zuvörderst zu lösen durch eine überaus scharfsinnige Untersuchung des Verhältnisses des Petrus,

des Tübinger und des Gratzer Rechtsbuches zu einander. Die Prager Sammlung ist nur beiläufig berührt, und die Summa Bellinensis konnte schon wegen des sehr zu beklagenden Mangels einer Ausgabe derselben nicht berücksichtigt werden. Ueberhaupt ist hier die wissenschaftliche Arbeit zur Zeit noch ungemein erschwert und behindert, weil auch vom Tübinger und Gratzer Rechtsbuche noch jede Ausgabe fehlt und die Ausgabe des Petrus bei Savigny für Forschungen solcher Art völlig unzureichend ist. Man wird also vorläufig nur spärliche feste Ergebnisse erwarten dürfen.

Zu diesen gehört zuvörderst der von Ficker S. 7fg. gelieferte Nachweis, dass das Gratzer Rechtsbuch mindestens eine Stelle (c. 31) mit Petrus (I, 15) und dem Tübinger Rechtsbuche (c. 63) gemein hat, welche bestimmte Beziehungen zu Südfrankreich aufweist. Für minder sicher möchte ich in dieser Hinsicht ansehen, dass in allen drei Formen Petr. IV, 34 (= Tub. 54 = Gr. 28 b) wiederkehrt, worin im Anschlusse an Iul. Epit. LXXXIII c. 1 (es wird in der Glosse zu der Stelle ausdrücklich citirt) gesagt ist, „vilissimi homines" seien als Zeugen nicht bloss zu beeidigen, sondern auch „tortoribus subiiciantur, id est ad iudicium ignis vel aquae ferventis". In Italien, sagt Ficker, und zwar nicht bloss im römisch-rechtlichen, sondern auch im langobardischen, sei ausser dem Kampfe von Gottesurtheilen so wenig die Rede, dass man wohl auch dieses den auf provençalischen Ursprung deutenden Stellen zuzählen dürfe. Indessen steht im Capitulare Langobard. Ludov. Pii c. 3: „Si duo testimonia de qualibet re testimoniaverint et inter se discordaverint — — si flebiliores fuerint ipsi testes, tunc ad crucem examinentur". Ferner finde ich bei Kleinermanns, Der heil. Petrus Damiani (Steyl 1882) S. 180 mit Berufung auf Mansi T. XIX. p. 993 und Bonizo p. 817 (welche nachzulesen mir die Zeit mangelt), dass 1067 in einem zu Florenz zwischen dem Bischof Petrus und den Mönchen von Vallombrosa und St. Salvator ausgebrochenen Streite der Papst Alexander II. die Erlaubniss zur Feuerprobe gab, welche für die Mönche günstig ausfiel und zur Entsetzung des Bischofs führte. Sonach würde man, dünkt

mich, die Stelle auch geradezu umgekehrt als neues Anzeichen eines Einflusses langobardischen Rechtes verwerthen können.

Zu den festen Punkten möchte ich ferner trotz Ficker's Einsprache (S. 4 fg.) nach wie vor auch rechnen, dass die Form, welche man nach Stintzing's Vorgange als das Tübinger Rechtsbuch zu bezeichnen pflegt, die unmittelbare Grundlage des Petrus, dieser also eine spätere Umarbeitung und Erweiterung von jenem ist. Ich habe dafür in meiner Ausgabe der Glosse zu den Exceptiones Leg. Rom. (1874) S. 23 ff. folgende Gründe geltend gemacht, welche ich auch jetzt noch für unbedingt schlüssig halte, und über welche, wie mir scheint, Ficker doch etwas zu rasch hinweggegangen ist:

1) Die vollständige Uebereinstimmung des Inhaltes und sogar des Wortlautes, selbst in den merkwürdigsten und eigenthümlichsten Einzelheiten.

2) Das Tübinger Rechtsbuch folgt in seiner Anordnung der ursprünglichen Quelle, nicht aber der Petrus, wie dadurch ganz unmittelbar bewiesen wird, dass sich in Petr. II, 14 eine Verweisung auf eine „frühere" Bemerkung findet, welche in der That im Tübinger Rechtsbuche unmittelbar vorausgeht, während sie bei Petrus erst im cap. 23 nachfolgt. Ich kann jetzt noch einen weiteren Fall dieser Art hinzufügen. Petr. I, 32 = Tub. 133 sagt: die Frauen könnten ihre Habe auch ohne Zustimmung des Mannes und der Kinder veräussern „praeter donationem propter nuptias aut dotem, quam non licet alienare, nisi secundum supradictam observationem". Damit kann aber bloss Petr. I, 34 = Tub. 3 und allenfalls auch noch Petr. I, 35 = Tub. 5 gemeint sein. Im Tübinger Rechtsbuche ist also die Verweisung auf eine supradicta observatio richtig, während sie im Petrus falsch ist.

3) Die Glosse zum Petrus ist vom Tübinger Rechtsbuche vollständig herübergenommen; und zwar wird es durch mancherlei Versetzungen und fälschliche Wiederholungen ausser Zweifel gestellt, dass die Glosse schlechterdings nur dem Tübinger Rechtsbuche

selbst, nicht einer älteren umfangreicheren, ihm mit dem Petrus gemeinsamen Quelle entnommen sein kann.

Weitere Beweise werden sich im Verlaufe noch ergeben.

Endlich scheint es mir zwar nach Ficker's Nachweisungen (S. 6, 9) nicht zweifelhaft sein zu können, dass das Gratzer Rechtsbuch nicht aus einer einzigen ursprünglichen Quelle hervorgegangen ist; allein für eben so sicher halte ich dieses auch in Betreff des Petrus und selbst des Tübinger Rechtsbuches. Denn z.B. in Petr. I, 45 = Tub. 88 (= Gr. 36) steht genau dasselbe wie in Petr. I, 50 = Tub. 106 (= Gr. 43). Aehnlich ist das Verhältniss zwischen Petr. I, 58 = Tub. 117 (= Gr. 48) und Petr. I, 64 = Tub. 42 (= Gr. 21), und wahrscheinlich würden sich bei genauerem Nachsuchen noch andere Fälle der Art ermitteln lassen. Solche Erscheinungen haben nun zwar in einer Compilation nichts besonders befremdliches; aber dem ersten Verfasser eines einheitlichen Werkes wird man sie doch nicht zumuthen dürfen.

Ich unterlasse es, auf diese Frage näher einzugehen, weil sich darüber bei dem gegenwärtigen Stande der Dinge doch nichts sicheres sagen lässt. Insbesondere mag unerörtert bleiben, ob erst der Urheber des Tübinger Rechtsbuches selbst in seiner uns vorliegenden Gestalt die gedachten Erscheinungen verschuldet, oder ob er sie, wie mir wahrscheinlicher ist, bereits in seiner Hauptquelle, den ursprünglichen Exceptiones Legum Romanorum, gefunden hat. Für den Hauptpunkt, auf welchen es bei Ficker's Untersuchung ankam, scheint mir auch eine genaue Antwort auf diese Fragen kaum nothwendig zu sein. Ich will daher nur kurz angeben, wie er sich im grossen und ganzen den literarischen Zusammenhang der verschiedenen Rechtsbücher denkt und dem meine abweichende Vermuthung gegenüberstellen.

Ficker nimmt zunächst ein ursprüngliches, in Italien entstandenes Rechtsbuch an, welches er als Exceptiones Legum Romanorum bezeichnet. Dieses Rechtsbuch habe nicht bloss das dem Petrus, dem Tübinger Rechtsbuch und dem Gratzer Rechtsbuche, sondern auch („natürlich", wie ich von meinem Standpunkte hinzufügen muss)

das nur den beiden ersten Werken gemeinsame, sehr wahrscheinlich aber auch das allein im Petrus vorkommende umfasst, abgesehen vielleicht von den im Petrus wörtlich mitgetheilten Pandektenstellen. Es sei sodann, vorerst ohne wesentliche Kürzung, in Südfrankreich durch einige erläuternde, durchweg leicht kennbare Zusätze für die dortigen Verhältnisse zurecht gemacht worden, worauf durch hier und dort verschiedenartige, mehr oder minder weit gehende Verkürzung daraus einerseits der Petrus, andererseits unabhängig von ihm das Tübinger Rechtsbuch entstanden sei, von welchem das Gratzer Rechtsbuch wieder eine weitere, mit der Vaticanischen Form des Tübinger Rechtsbuches am nächsten verwandte Abzweigung bilde.

Mir scheint dagegen als Ergebniss der neuen, sorgfältigeren Prüfung, zu welcher mich Ficker's Ausführungen veranlasst haben, der geschichtliche Zusammenhang folgender zu sein. Aus einem Rechtsbuche italienischer Herkunft, welches wahrscheinlich bereits den — auf eine Compilation deutenden — Titel „Exceptiones Legum Romanorum" führte, ist mittels unbedeutender Ueberarbeitung und einzelner Zusätze aus anderen Schriften für Zwecke des Rechtsunterrichtes [1]) zuerst das Tübinger Rechtsbuch hergestellt worden, welches jedenfalls schon den obigen Titel hatte [2]). Es umfasste in seiner ursprünglichen Gestalt nur die 135 ersten

---

[1]) Dies erhellt daraus, dass Tub. 100 (= Petr. I, 25), und ebenso c. 38 des Gratzer Rechtsbuches und c. 267 der Prager Sammlung, mit folgenden Worten schliesst: „Amice, quod de monachis diximus, idem de canonicis regularibus iudicare non dubites", und dass am Ende von Tub. 15 (Petr. III, 1) die Bemerkung beigefügt ist: „Istud tamen noster quidam scholaris ignorat, quem dominus aduertat". Im Petrus fehlt diese Bemerkung, und der obige Schluss von Tub. 100 ist geändert, weil der Petrus nicht bloss für die Schule bestimmt war. — [2]) Dies ist daraus zu schliessen, dass die erste Glosse in der Vaticanischen Handschrift des Tübinger Rechtsbuches, eine Erklärung des Begriffes Exceptio, sich denkbarer Weise nur auf einen solchen, allerdings in der Handschrift weggelassenen, Titel beziehen kann. Vgl. Niebuhr in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. Bd. 3 S. 415. Diese Handschrift scheint mir nicht allein wegen ihres Alters, sondern auch noch aus anderen Gründen, welche sich im weiteren Verlaufe zeigen werden, die ursprüngliche Form des Rechtsbuches aufzuweisen.



Capitel der Tübinger Handschrift, schloss also mit Petr. I, 66. Dies erhellt mit Sicherheit nicht bloss daraus, dass die in der genannten Handschrift noch folgenden zehn und ebenso die in der Vaticanischen Handschrift des Rechtsbuches nach den Angaben Niebuhr's in der Zeitschrift für gechichtl. Rechtswiss. Bd. 3 S. 414 noch folgenden dreizehn weiteren Capitel im Petrus fehlen, sondern und noch viel bestimmter auch daraus, dass diese Anhänge in jeder der beiden Handschriften ganz verschieden, und dass sie in beiden nicht mit Glossen versehen sind (vgl. Niebuhr S. 418). In der Tübinger Handschrift hören die Glossen sogar schon mit c. 134 auf. Daraus darf aber nicht etwa gefolgert werden, dass auch c. 135 (= Petr. I, 66) erst ein späterer Zusatz sei. Denn die Glossen des Tübinger Rechtsbuches bestehen mit ganz geringen Ausnahmen bloss in der Angabe der Quellenbelege; einer solchen Angabe bedurfte es aber zu c. 135 nicht, da dieses die Quellenbelege selber enthält. Aber noch mehr! Wenn man erwägt, dass das Capitel einen kurzen Rechtssatz an die Spitze stellt und dann mit der einleitenden Bemerkung: „Haec quoque (!) legibus et canonibus approbamus" die Belegstellen folgen lässt, und wenn man beobachtet, dass es hierin einen von sämmtlichen übrigen Stücken des Tübinger Rechtsbuches wie sogar auch des Petrus, selbst den vergleichsweise ähnlichsten [1]), ganz und gar verschiedenen Charakter zeigt, so muss man erkennen, dass die Glosse auch hier nicht fehlt, sondern dem Capitel selbst angehängt ist. Der Verfasser des Rechtsbuches wollte dieses sichtlich mit der, zugleich auf das ganze Werk zurückweisenden Versicherung abschliessen, dass er die Richtigkeit seines letzten Satzes ebenso, wie er es fortlaufend für alle früheren gethan, durch Belege aus den Quellen („leges et canones") beweise. Namentlich die Nennung auch der canones zeigt, ebenso wie das „quoque", ganz bestimmt, dass es sich hier um eine nicht bloss das letzte Capitel, sondern zugleich das ganze Werk betreffende Bemerkung handelt; denn in c. 135 selbst werden gar keine

[1]) Nämlich Petr. I, 26 in f. (= Tub. 103), II, 1 (= Tub. 83), II, 3 (= Tub. 31), IV, 3 (fehlt im Tub.), IV, 9 (= Tub. 124), IV, 20 (fehlt im Tub.)

canones, sondern nur die Stücke des Corpus iuris citirt. So liefert der Inhalt des c. 135 selbst noch einen neuen, völlig entscheidenden Beweis, dass dieses in der That ursprünglich das Schlusscapitel war. Ferner führt er zu dem wichtigen Schlusse, dass der Verfasser des Rechtsbuches (ich neige zu der Annahme: sogar schon derjenige der ursprünglichen Exceptiones) zugleich der Urheber der Glossen war, wenigstens insoweit, als diese eben nur die Belegstellen angeben. Die vereinzelten kleinen Bemerkungen, welche die Tübinger Glosse ausserdem enthält, mögen erst zufolge mündlicher Bemerkungen bei dem Rechtsunterrichte von Scholaren hinzugeschrieben sein.

Nun lässt sich aber zu Tub. 135 sofort noch eine weitere interessante Notiz beibringen. Auch in der Prager Handschrift des Petrus fehlt nämlich jede Glosse zu dem Capitel; dagegen findet sich in der Turiner Handschrift in Gestalt einer Glosse zu demselben die Bemerkung: „Sententiarum actoris l. I.“ Da dies keinen Sinn gibt, so ist statt „actoris“ ohne Zweifel „auctoris“ zu lesen, und dann ist also gesagt, dass das Capitel aus dem ersten Buche der „Sententiae“ des Verfassers (des Rechtsbuches, d. h. wohl der ursprünglichen Exceptiones) herrühre. Erwägt man weiter, dass die Capitel 132—135 des Tübinger Rechtsbuches darin sämmtlich weit entfernt stehen von anderen dem Inhalte nach nahe verwandten (vgl. z. B. oben S. 30 Nr. 2), und dass sie sowohl unter einander wie mit den in der Tübinger Handschrift auf sie folgenden c. 136—145 die nämliche, von den meisten übrigen Stücken des Rechtsbuches kenntlich abweichende Art der Behandlung aufweisen (vgl. Ficker S. 9): so wird man ohne Leichtfertigkeit vermuthen dürfen, dass alle jene vier Capitel und nicht minder die bezeichneten in der Tübinger Handschrift auf sie folgenden aus den genannten „Sententiae“ entnommen seien, womit denn mindestens Eine der — unmittelbaren oder mittelbaren — Quellen des Tübinger Rechtsbuches nachgewiesen ist.

Dieses erhielt später im Petrus eine nicht allein für die Schule sondern auch für die Praxis bestimmte[1]) Umarbeitung

[1]) Das möchte ich weniger aus dem Prologe schliessen, welcher ja auch in der Vaticanischen Handschrift des Tübinger Rechtsbuches

in systematischer Form, wobei es durch Einschaltung theils wörtlich wiedergegebener Stellen aus dem Corpus iuris und aus dem canonischen Rechte[1]), theils zahlreicher Stücke aus den Quellen der ursprünglichen Exceptiones erheblich erweitert wurde. Auf ein solches Verhältniss scheint mir kenntlich hinzudeuten einerseits die von Ficker S. 11 fg. erwiesene Gleichheit der Behandlung in dieser Partie und der mit dem Tübinger Rechtsbuche übereinstimmenden, andererseits der Mangel aller auf Südfrankreich hinweisenden Ausdrücke in derselben sowie das bestimmt auf italienische Heimat hinweisende Beispiel in Petr. IV, 26 in f. (Vgl. Ficker S. 12 Nr. 3 und 4.) Ferner spricht zu Gunsten dieser Annahme die Thatsache, dass der Petrus auch nachher noch neue Erweiterungen solcher Art, wenn nicht aus jenen ursprünglichen Grundlagen selbst, so doch aus dem Literaturkreise, welchem sie angehören, erhalten hat. Denn dieses ist, wie schon die Tabelle bei Stintzing, Geschichte der populären Literatur des röm.-kanon. Rechts in Deutschland S. 82 zeigt, die hauptsächlichste Bedeutung der Anhänge, welche dem Rechtsbuche später beigefügt worden sind. Sogar seine Glosse wurde durch die Aufnahme von Stücken aus jenen Quellen oder doch aus jenem Literaturkreise vermehrt[2]), — Dinge, welche ich hier nicht weiter verfolgen kann.

Neben dem Petrus, welcher gleich den Exceptiones decretorum Gratiani, mit welchen er in der Prager Handschrift in engster Verbindung erscheint, und zu deren Ab-

vorkommt, als z. B. aus der S. 32 Anm. 1 erwähnten Aenderung der Fassung in Petr. I, 25 und aus der ganzen Haltung des erweiterten Werkes.

[1]) Es sind nicht bloss die bekannten Pandektenstellen, sondern in Petr. I, 1 auch eine Stelle aus dem Codex, in Petr. III, 36 und IV, 37 Stellen aus kirchlichen Quellen. Die Pandektenstellen zeigen eine merkwürdige Verwandtschaft mit einer der nachträglich hinzugekommenen Turiner Institutionenglossen, nämlich mit der bei Savigny II. S. 441 abgedruckten glo. 130. Soweit Krüger's Angaben in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 7 S. 49 fg. einen Schluss erlauben, ist dieses eine der von ganz vereinzelten Händen herrührenden Glossen; ob von einer Hand des 11. oder des 12. Jahrh., bleibt zur Zeit hier wie bei fast allen diesen jüngeren Glossen der Handschrift ungewiss. — [2]) Vgl. meine Bemerkungen in den Juristischen Schriften des früheren MA. S. 21 und im vorigen Bande dieser Zeitschr. S. 139 ff., 164.



fassung er ohne Zweifel den Anlass gegeben hatte[1]), bis in das 13. Jahrh. nicht nur in Frankreich, anscheinend aber vorwiegend im nördlichen Frankreich, sondern auch in Deutschland als Lehrbuch viel gebraucht wurde[2]), blieb auch das Tübinger Rechtsbuch fortwährend im Gebrauche[3]). Es erhielt, wie oben (S. 32 ff.) gezeigt, verschiedene Zusätze.

---

[1]) Vgl. Schulte in den Wiener Sitzungsberichten Bd. 57 S. 221 ff., meine Ausgabe der Glosse zu den Exceptiones L. Rom. S. 2 ff., 8 ff. und meine Bemerkungen im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 128. — [2]) Den Gebrauch als Lehrbuch beweist die schon erwähnte Verbindung mit den sicher dem Lehrzwecke bestimmten Exceptiones decretorum. Vgl. Schulte a. a. O. S. 229. Die Verbreitung namentlich in Frankreich und besonders in Nordfrankreich erhellt daraus, dass von den vier zur Zeit bekannten Handschriften des Petrus zwei sich in Paris befinden (Cod. Paris. nr. 4709, 1730), die Prager Handschrift aus Frankreich, und zwar im Hinblicke auf die Form „pocciat" in glo. 3 zum Petrus wahrscheinlich aus Nordfrankreich stammt (vgl. Schulte S. 227 ff. und meine in der vor. Anm. genannte Schrift S. 11), endlich auch die Turiner Handschrift, wenn auch wohl nach ihren Eigenthümlichkeiten (s. Savigny II. S. 136 ff.) für den Gebrauch in Italien bestimmt, doch auf einer nordfranzösischen Handschrift zu beruhen scheint, da auch hier die Form „pocciat" — freilich in der Verstümmelung „paccat" — wiederkehrt, und da die Handschrift den sicher in Nordfrankreich verfassten Libellus de verbis legalibus enthält. Das Alter der Handschriften dient zum Belege dessen, was im Texte über die Zeit der Benutzung gesagt ist. Dass aber das Buch am Anfange des 13. Jahrh. auch in Deutschland bekannt und im Gebrauche war, geht daraus hervor, dass es in einem um 1200 verfassten Katalog der Bibliothek zu Corvey in zwei Exemplaren vorkommt, beide Male auch hier in unmittelbarer Verbindung mit den Exceptiones decretorum. S. Gust. Becker, Catalogi bibliothecarum antiqui (Bonnae 1885) p. 282 nr. 203: „exceptiones decretorum et legum", 207: „exceptiones decretorum", 208: „exceptiones legum". Als Beweis für die Bekanntschaft in Deutschland darf auch noch die Strassburger Ausgabe des Petrus von 1500 namhaft gemacht werden. Die Exceptiones decretorum kommen auch in einem Katalog der Bibliothek zu Bec etwa aus der Mitte des 12. Jahrh., und in zwei Exemplaren in einem gleichfalls aus dem 12. Jahrh. stammenden Katalog der Bibliothek der Kirche zu Durham vor (s. Becker p. 264 nr. 122, p. 239 nr. 13, p. 243 nr. 457), was nach dem gesagten einen Wahrscheinlichkeitsschluss auf den Besitz auch des Petrus gestatten dürfte. — [3]) Dies ergibt sich aus der Zahl und der Zeit der Handschriften: Cod. Paris. nr. 4917 (saec. XII.), Cod. Vaticanus reg. nr. 441 (wohl auch noch saec. XII.), cod. Laurentianus XXIX. 39 (saec. XIII. in.), cod. Tubingensis M. c. 14 (saec. XIII.).

Ferner wurde es, und zwar in derjenigen erweiterten Gestalt, welche es in der Tübinger Handschrift zeigt, neben anderen juristischen Schriften zur Compilation eines anderen Rechtsbuches, des sog. Gratzer Rechtsbuches, benutzt [1]). Das letzte aber war endlich eine der Quellen für die Prager Sammlung; denn dies erhellt entscheidend aus folgenden zusammentreffenden Umständen: Erstens enthält, abgesehen von den zwei Capiteln 253, 254 (= Tub. 77, 78), deren ganz vereinzelte Stellung ausserhalb der ursprünglichen Reihe schon die Entnahme aus einer anderen Quelle als derjenigen der übrigen hier einschlagenden Stücke verräth, die Sammlung gerade nur solche Capitel des Tübinger Rechtsbuches, welche auch im Gratzer Rechtsbuche stehen, ausserdem aber noch viele andere, welche bloss in diesem, nicht auch in jenem Rechtsbuche vorkommen [2]). Zweitens haben die Capitel sogar überall die nämlichen Ueberschriften wie im Gratzer Rechtsbuche [3]).

Will man die vorstehenden Ausführungen als zutreffend, folglich die Prager Sammlung als das jüngste der hier in Betracht kommenden Rechtsbücher anerkennen, so wird durch das Alter der Sammlung (s. oben S. 28) von neuem bewiesen, dass wenigstens das Tübinger Rechtsbuch und vollends seine ursprüngliche Grundlage nicht erst im 12. Jahrh. oder gar in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts entstanden sein kann.

Wann ist es aber entstanden? Ich habe schon früher gesagt, dass Ficker als die Entstehungszeit der ursprünglichen Exceptiones die Zeit vor der Mitte des 11. Jahrh. zu erweisen sucht. Seine Gründe (S. 16 ff.) sind die folgenden:

---

[1]) Durch diese Annahme erklären sich alle Eigenthümlichkeiten des Gratzer Rechtsbuches (s. Ficker S. 6 ff., 28 ff.) ganz leicht. Dass die nicht mehr in der Tübinger Handschrift vorfindlichen Capitel 65—90 desselben nicht sämmtlich gleichen Ursprunges mit den vorhergehenden c. 52—64 (= Tub. 132—145) und unter sich selbst wieder sehr verschiedenartig sind, lehrt der Wortlaut, wie ihn theils Schulte a. a. O. S. 206 ff. in den c. 271—279 der Prager Sammlung, theils Conrat in der Epitome Exactis regibus S. CXXXIX Anm. 1 bekannt gemacht haben. — [2]) S. die Tabelle bei Schulte a. a. O. S. 214 ff. — [3]) S. meine Ausgabe der Glosse des Petrus S. 25.

1) Das einzige, was man mit einigem Schein für die Abfassung auch nur des Petrus erst nach Ablauf des 11. Jahrh. vorgebracht habe, sei die Behauptung, dass in Petr. III, 36 eine Schrift des Ivo von Chartres († 1117) benutzt sei. Allein die Stelle schliesse sich, wie schon Savigny II. S. 142 not. a betone, näher an die zwischen 1088—1099 verfertigte collectio Caesaraugustana an und könne sehr wohl aus einer älteren Sammlung entnommen sein. Auch Petr. IV, 37 müsse nicht gerade aus Ivo's Pannormia herrühren. Jedenfalls aber könnten, da sich beide Stellen bloss im Petrus fänden, diese Momente höchstens für den letzteren etwas beweisen.

2) Wenn von mir im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 137 geltend gemacht sei, dass das Tübinger Rechtsbuch nicht wohl der Zeit vor Gregor VII. zugetheilt werden könne wegen Benutzung eines Canons dieses Papstes (c. 5 D. 8) in Tub. 124 (= Petr. IV, 9), so gehe vielmehr die Stelle schon ihrem Wortlaute nach auf eine andere, ältere Quelle zurück und komme daher für die Zeitbestimmung nicht in Betracht. Ich habe schon a. a. O. durch Hinweisung auf c. 6 D. 8 selber die Möglichkeit der Benutzung einer älteren Quelle zugegeben und lasse daher diesen Grund bereitwillig fallen.

3) Mit Bestimmtheit spreche für die Abfassung des Rechtsbuches vor Gregor VII., ja sogar vor 1049 dasjenige, was in Petr. I, 58, 64 (= Tub. 117, 42) über die Verheirathung der Cleriker gesagt sei, indem diese Aeusserungen, namentlich im Hinblicke auf Petr. I, 37 (= Tub. 6), nur in dem Sinn verstanden werden könnten, dass den verheiratheten Clerikern auch bei dem Aufsteigen zu den höheren Graden die Fortsetzung des ehelichen Zusammenlebens gestattet sei. Dieses letzte sei aber unvereinbar nicht allein mit der strengen Durchführung des Cölibates durch Gregor VII. seit 1074, sondern auch schon mit der Einschärfung der das ehelose Leben der Geistlichen fordernden älteren Kirchengesetze auf den 1049 von Leo IX. abgehaltenen Synoden.

4) Auch das, was in Petr. I, 29 (= Tub. 121) von den Ehehindernissen gesagt sei, deute eher auf die Zeit vor dem 12. Jahrh.; und wenn in Petr. I, 37 (= Tub. 6) bei Scheidung wegen Ehebruches dem unschuldigen Theil die Wiederverheirathung, und zwar in unzweideutiger Weise selbst bei

Lebzeiten des schuldigen Theils, ausdrücklich, noch dazu ohne Veranlassung durch die benutzten Quellen, gestattet werde, so könne dies schwerlich auch nur in den späteren Zeiten des 11. Jahrh. geschrieben sein, da er, Ficker, obgleich er auf den Punkt geachtet, die letzte Spur eines solchen Satzes in einer Bestimmung der Synode zu Bourges von 1031 c. 16 (Mansi Conc. XIX. 505) gefunden habe.

5) Petr. I, 63, wonach Presbyter, Diacon und Subdiacon bei Ablegung eines Zeugnisses nicht zu schwören brauchten, während die Cleriker geringeren Grades nach den gewöhnlichen Vorschriften der Gesetze Zeugniss zu leisten hätten, könne kaum nach dem Gesetze Heinrich's III. von 1047 (Lib. Pap. Heinr. II. c. 1) verfasst sein, welches allen Clerikern den Eid untersage. Allerdings finde sich dieses Capitel bloss im Petrus. Ich möchte hinzufügen, dass mir seine Beweiskraft schon um deswillen zweifelhaft ist, weil mir das Gesetz Heinrich's III., ebenso wie die Stelle des Codex, worauf es Bezug nimmt (L. 25 § 1[b] C. de episc. 1, 3), nur vom Calumnieneide zu reden scheint.

6) Meine Annahme (im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 138 Anm. 1), dass Petr. I, 28 (= Tub. 64) offenbar im Hinblicke auf die als c. 2 C. 35 q. 5 in Gratian's Decret aufgenommene Decretale Alexander's II., nach Jaffé-Wattenbach Nr. 4500 vom J. 1063, verfasst sei, lasse sich deshalb nicht unmittelbar als Haltpunkt verwerthen, weil das canonische Verbot der Ehe zwischen Seitenverwandten innerhalb der siebenten Generation schon lange vorher bestanden habe. Immerhin sei gerade Petr. I, 28 aus einem anderen Grunde für die Zeitfrage besonders beachtenswerth. Das Gratzer Rechtsbuch (c. 32) habe nämlich hier, ebenso wie nach Niebuhr's Angabe die Vaticanische Handschrift des Tübinger Rechtsbuches, anstatt: „ultra septimum gradum" vielmehr: „ultra quatuordecimum gradum". Diese so ganz ungewöhnliche Zählung eines vierzehnten Verwandtschaftsgrades lasse sich allerdings nicht anders erklären als aus einer Rücksichtnahme auf jene Decretale, welche gleichfalls vom vierzehnten Grade rede. Nun sei aber nach mancherlei Anzeichen die Lesart des Gratzer Rechtsbuches und der Vaticanischen Handschrift nicht als die ursprüng-

liche, sondern als eine von einem späteren Ueberarbeiter herrührende, eben durch die Decretale veranlasste und sicher nicht lange nachher vorgenommene Aenderung zu betrachten, so dass man für die Abfassung des zu Grunde liegenden ursprünglichen Rechtsbuches wiederum auf eine frühe Zeit des 11. Jahrh. hingeführt werde.

Sei man durch alle diese Gründe zusammengenommen genöthigt, die Entstehung erst in den späteren Zeiten des 11. Jahrh. für ausgeschlossen zu halten und spätestens Entstehung gegen die Mitte des Jahrhunderts anzunehmen, so sprächen auf der anderen Seite mancherlei zusammentreffende Erwägungen auch wieder gegen eine erheblich frühere Entstehung.

Ich kann es unterlassen, das letzte hier weiter zu verfolgen, da Ficker selbst (S. 33 fg., 37) erklärt, dass es sich dabei nicht um unbedingt sichere Haltpunkte handle, und dass im Grunde nichts im Wege stehe, die Entstehung auch schon zu Anfang des Jahrhunderts oder noch früher anzunehmen. Auch ist immer zwischen der ursprünglichen Grundlage des Tübinger Rechtsbuches und diesem selbst zu unterscheiden. Was dort gilt, muss, da ja doch eine gewisse Ueberarbeitung jedenfalls zugegeben werden muss, nicht nothwendig auch hier gelten. Und so erkenne ich zwar für jene Grundlage die obige, auf die Zeit vor der Mitte des Jahrhunderts hinführende Beweisführung Ficker's als durchaus schlüssig an, glaube aber für das Tübinger Rechtsbuch selbst die berührte Decretale Alexander's II. von 1063 immer noch als einen sicheren und unverwerflichen Beweis späterer Abfassung betrachten zu müssen.

Ficker hat ja selbst schon sehr zutreffend ausgeführt, dass die ganz ungewöhnliche Erwähnung eines vierzehnten Verwandtschaftsgrades im Gratzer Rechtsbuche und in der Vaticanischen Handschrift des Tübinger Rechtsbuches bloss durch die Decretale veranlasst sein könne. Es spricht nun aber ferner, wie mir scheint, alles dafür, in dieser auffälligen Erscheinung nicht eine spätere Textänderung, sondern die ursprüngliche Fassung zu erblicken. Denn vor allen Dingen, was hätte zu einer solchen Aenderung bewegen sollen? war doch die Fassung, wie sie im Petrus steht, diese als die

ursprüngliche vorausgesetzt, auch der Decretale gegenüber noch vollkommen richtig, ja derselben im Grunde besser entsprechend als jene andere. Dagegen begreift sich bei der umgekehrten Voraussetzung die spätere Aenderung jener ungewöhnlichen Ausdrucksweise in die allgemein übliche, wie Ficker selbst (S. 28) dargelegt hat, auf das allerleichteste. Weiter hat Ficker (S. 26) selbst schon hervorgehoben, dass die Fassung des Capitels im Petrus: „ultra septimum gradum, id est secundum canones infra (wie gewiss anstatt intra zu lesen ist) septimam generationem" mit dem sonstigen Sprachgebrauche des Rechtsbuches streitet, als welches nämlich sonst, wo es, wie in Petr. I, 6, 26 (= Tub. 2, 103), von gradus redet, die römischen Grade meint, und wo es, wie in Petr. I, 29, 39 (= Tub. 121, 32), das canonische Eheverbot berührt, nicht von gradus sondern bloss von generationes spricht. Dieser Widerstreit verschwindet aber sofort, wenn man in Petr. I, 28 anstatt „septimum" vielmehr „quartumdecimum" gradum setzt: gewiss ein neuer, gewichtiger Grund, die letztere Fassung für die ursprüngliche zu halten, zumal da, genau betrachtet, schon der Wortlaut des Capitels: „Inter laterales vero possunt ultra septimum gradum, id est secundum canones infra septimam generationem" und nicht: „Inter l. v. p. secundum canones ultra sept. gradum, id est infra sept. gener." darauf deutet, dass auch hier „gradus" im Sinn des römischen und nicht des canonischen Rechtes gebraucht sei. War aber die gedachte auffällige, nur aus dem Einflusse der Decretale erklärliche Fassung die ursprüngliche, so ist damit erwiesen, dass das Tübinger Rechtsbuch erst nach der Erlassung der Decretale verfasst sein kann.

Uebrigens scheint mir selbst dann, wenn man hier die Lesart des Petrus als die ursprüngliche setzt, das Capitel seine Abfassung im Hinblicke auf die Decretale, und folglich nach derselben, noch deutlich genug zu verrathen. Nämlich darin, dass es ganz genau angibt, wie hier die sieben Generationen zu berechnen seien. Wir wissen theils aus der Decretale selbst (§§ 9, 10), theils aus den beiden Abhandlungen des Petrus Damiani: De parentelae gradibus und De gradibus cognationis (Opusc. VIII. Ed. Cajetani tom. III. p. 89 sqq., 96 sqq.), theils aus der Summa decreti Parisiensis

ad C. XXXV. q. 2 et 3 (v. Schulte, Zur Geschichte der Literatur über das Decret Gratian's. Zweiter Beitr. S. 24), dass auch darüber eine Meinungsverschiedenheit bestand, indem manche im Vater, andere im Sohn, andere erst im Enkel den ersten Grad oder die erste Generation erblickten[1]). Die Decretale erklärt ausdrücklich, dass sie auch diesen Zweifel entscheiden wolle; und wenn nun, wie gesagt, unser Capitel in den Worten: „infra septimam generationem, quae computatur ita: duo fratres sunt in prima cognatione“ rel. die Art der Berechnung mit sichtlichster Absicht ganz genau bezeichnet, und zwar so wie sie der eigentlichen Zählungsart der Decretale entspricht, so dürfte sich doch wiederum die Rücksicht auf die letztere kaum verkennen lassen.

Ist sonach das Tübinger Rechtsbuch frühestens im Jahr 1063 verfasst, so kann es doch, wie ich jetzt glaube, andererseits auch nur ganz kurz nachher verfasst sein theils wegen jener immerhin auf möglichst frühe Entstehung hinweisenden Gründe, theils weil sich die so ganz ungebräuchliche, weder dem römischen noch dem canonischen Sprachgebrauche entsprechende Zählung eines vierzehnten Verwandtschaftsgrades nicht anders als unter dem ganz frischen, unmittelbaren Eindrucke der Decretale begreifen lässt, zumal da sie ja später in dem Rechtsbuche selbst dem üblichen Sprachgebrauche gemäss verändert wurde.

Dieses bisher nur auf dem Wege mittelbarer Schlussfolgerung gewonnene Ergebniss scheint nun aber auch eine ganz unmittelbare Bestätigung zu erhalten durch eine höchst interessante Entdeckung Ficker's, deren Kenntniss ich seiner gefälligen privaten Mittheilung verdanke. Das Rechtsbuch kann anscheinend schon deshalb nicht nach der angegebenen Zeit entstanden sein, weil es im J. 1068 bei der Abfassung der Usatici Barchinonenses, einer durch Graf Raymund Berenguer den Alten auf Anregung des päpstlichen Legaten Hugo Candidus veranstalteten Rechtssammlung für Barcelona[2]), benutzt zu sein scheint. Usat. 105 (Helffe-

[1]) In der Stelle der Summa Parisiensis findet sich auch der Satz, womit Petr. I, 28 schliesst; freilich viel unbestimmter als im Petrus. — [2]) Vgl. Helfferich, Entstehung und Geschichte des Westgothen-Rechts. Berlin 1858. S. 398 fg. S. 429 ff. gibt Helfferich das Rechtsbuch selbst

rich S. 451), 167, 168, 169 (S. 460 fg.) geben nämlich Petr. IV, 17 (= Tub. 14), 40 (= Tub. 55), 13 und 41 (= Tub. 56, 57), III, 12 (= Tub. 66) wörtlich wieder, abgesehen von der Veränderung einzelner Ausdrücke, wie z. B. Us. 105 querela und querelator anstatt actio und actor, und von einzelnen Zusätzen, welche sehr beachtenswerth sind, weil sie nicht den Eindruck erst von den Verfassern der Usatici herrührender Erweiterungen machen[1]). Usat. 77, 78 (S. 459 fg.), 87 in f. (S. 440) beweisen wenigstens, dass ihnen Petr. I, 15 (= Tub. 63), 18 (= Tub. 72), IV, 30 (= Tub. 50) zu Grunde liegt. Vgl. auch Usat. 86 (S. 440) mit Petr. IV, 45 (= Tub. 59).

Dass aber hier jedenfalls nicht an den Petrus, sondern, wenn überhaupt an eines der beiden Rechtsbücher selbst, bloss an das Tübinger Rechtsbuch gedacht werden kann, zeigt die Vergleichung von Usat. 167, 168 mit Petr. IV, 40, 13, 41, welche im Tübinger Rechtsbuche als c. 55—57 so, wie in den Usatici, unmittelbar auf einander folgen.

Indessen ist nicht zu verkennen, dass es in Rücksicht auf die damaligen Verkehrsverhältnisse misslich, wenn auch nicht gerade unmöglich ist anzunehmen, ein erst 1063 oder 1064 und jedenfalls nicht in Spanien entstandenes Rechtsbuch habe schon im J. 1068 auf eine gesetzgeberische Arbeit in Barcelona Einfluss geübt. Auch kommen als weitere Bedenken gegen die Annahme einer Benutzung des Tübinger Rechtsbuches selbst die erwähnten Zusätze in Betracht. Endlich enthalten die Usatici in cap. 103 (S. 450) einen Satz, welcher nach Stil und Inhalt mit Petr. IV, 16, 17, 19, 20 eng

---

nach einer Madrider Handschrift des 13. Jahrh. Die beigefügten Capitelzahlen sind einer früheren Ausgabe von Giraud, Essai sur l'histoire du droit franç. II. p. 465 ss. entnommen.

[1]) So sind in Usat. 105 am Schlusse die in Petr. IV, 17 fehlenden, aber zu der übrigen Fassung des Capitels durchaus passenden Worte beigefügt: „et postea reus iusticiam faciat querelatori, sicut facere debet et decet". Ferner in Usat. 169 ebenfalls am Schlusse die in Petr. III, 12 fehlenden Worte: „aut silvam infructuosam extirpat". Dieser letzte Zusatz findet sich übrigens auch in der Tübinger Handschrift des Tübinger Rechtsbuches (s. Savigny II. S. 379 not. 15), und hier ist also sogar bewiesen, dass er nicht erst von den Verfassern der Usatici herrührt.

verwandt, gleichwohl in diesem und im Tübinger Rechtsbuche gänzlich fehlt. Dies alles zusammengenommen legt die Vermuthung nahe, dass doch nicht das letztere selbst benutzt sein möchte, sondern vielmehr seine Grundlage, die ursprünglichen Exceptiones, wenn nicht gar nur eine ihrer Quellen. Die benutzte Schrift wäre dann aber wohl spätestens der Mitte des 11. Jahrh. zuzuweisen, und so stünde immerhin wiederum fest, was hier die Hauptsache ist, dass wir nämlich im Tübinger Rechtsbuche die Rechtswissenschaft der Mitte des 11. Jahrh. vor uns haben.

Ich sage mit Absicht: die Rechtswissenschaft; denn dass das Tübinger Rechtsbuch das Gepräge eines wissenschaftlichen, und sogar eines ganz achtungswerthen wissenschaftlichen Werkes trägt, wird wohl von Niemandem bestritten werden. Auch stellt es und namentlich seine, wie gezeigt, von dem Verfasser selbst herrührende Glosse völlig ausser Zweifel, dass in der Mitte des 11. Jahrh. alle Theile des Corpus iuris bekannt waren und benutzt wurden. Die Benutzung der Digesten ist zwar eine ungleich geringere als diejenige der anderen Theile, aber immerhin gerade keine seltene. Lässt man meiner obigen Ausführung (S. 33) gemäss Tub. 135 (= Petr. I, 66) von „Haec quoque" an auch als Glosse gelten, so habe ich in der Glosse des Tübinger Rechtsbuches gerade dreissig Digestencitate gefunden [1]), darunter 26 aus dem Digestum vetus, 3 aus dem Digestum novum und anscheinend eines (das erste in Tub. 135) aus dem Infortiatum.

Es entsteht nun die interessante Frage nach dem Orte der Abfassung unseres Rechtsbuches.

Ficker hält es (S. 39) für zweifellos, dass dasjenige Rechtsbuch, woraus sowohl der Petrus als das Tübinger Rechtsbuch unmittelbar hervorgegangen, nach Südfrankreich zu setzen sei, weil sich in beiden alle auf provençalischen Ursprung deutenden Eigenthümlichkeiten des Textes fänden. Allein (S. 41 ff.) daraus folge noch nicht, dass Südfrankreich auch die Urheimat des Werkes sei; vielmehr sprächen ge-

[1]) Mit dem Citat am Ende von Tub. 135 allerdings 31; ich vermag aber eine solche Regel in den Digesten nicht nachzuweisen, und es handelt sich hier also wohl um eine Ungenauigkeit des Verfassers



wichtige zusammentreffende Gründe dafür, dass jenem Rechtsbuche wiederum ein älteres, in Italien entstandenes zu Grunde liege. Denn erstens seien mit einziger Ausnahme von Petr. IV, 1 (= Tub. 128) alle auf Südfrankreich hinweisenden Bemerkungen dem Texte so lose und in bloss glossirender Form eingefügt, dass an ihrer Natur als späterer äusserlicher Zusätze kein Zweifel bestehen könne. Zweitens seien in den Exceptiones alle Theile der Justinianischen Gesetzgebung benutzt, welche doch für Südfrankreich keine rechtliche Verbindlichkeit gehabt habe und abgesehen von dem seit dem 9. Jahrh. nicht selten benutzten Julian vor dem Ende des 11. Jahrh. in Frankreich sonst nirgends berücksichtigt sei, während auf der anderen Seite nicht der allergeringste Einfluss des für Frankreich massgebenden Breviars zu Tage trete. Ebensowenig zeige das Rechtsbuch drittens irgend einen Einfluss besonderen provençalischen Rechtsbrauches. Insbesondere gelte dieses von seiner Darstellung des Rechtes der Eheschliessung, welche von jenem Brauche erheblich abweiche. Viertens endlich zeuge für die Entstehung in Italien und also nicht in Südfrankreich die von mir im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 130ff. aufgewiesene Benutzung langobardischen Rechtes.

Man wird, wie mir scheint, dieser Beweisführung gegenüber zum mindesten so viel von vornherein einräumen müssen, dass das Tübinger Rechtsbuch aus Quellen geschöpft hat, deren Heimat nicht in Südfrankreich, sondern in Italien zu suchen ist. Aber in welchem Theil Italiens?

Ficker sucht diese Frage auf S. 49ff. in sehr eingehender Weise zu beantworten. Gegen meine Vermuthung der Entstehung zu Pavia, führt er aus, sprächen, wie überhaupt gegen die Annahme der Entstehung in irgend einem langobardischen Rechtsgebiete, die allergewichtigsten Gründe: die Art der Behandlung, die Citirweise, der Inhalt selbst. Von den Gebieten des römischen Rechtes, welche sonach allein in Frage kommen könnten, scheide sofort wieder, schon wegen der Beziehungen zum langobardischen Rechte, Neapel wie jede andere Stadt Unteritaliens aus, und es bleibe mithin nur der Gedanke an Rom oder an die Ro-

magna, zunächst Ravenna. Die Annahme der Entstehung zu Rom sei aber, abgesehen von anderen Bedenken, schon dadurch bestimmt genug ausgeschlossen, dass mehrfach die das canonische Recht betreffenden Angaben des Rechtsbuches dem besonderen Brauche der römischen Kirche nicht entsprächen[1]). Es liesse sich, mindestens vom Standpunkte Ficker's, noch hinzufügen, dass Petr. IV, 26 (fehlt im Tub.) schon wegen des am Schlusse auftretenden Beispiels gar nicht in Rom verfasst sein kann.

Sehe man sich sonach, führt Ficker S. 60 ff. fort, schliesslich allein auf die Romagna hingewiesen, so seien der Versetzung des Rechtsbuches in dieses Gebiet, und zwar bei dem Mangel jedes näheren Zusammenhanges mit allem demjenigen, was für die Schriften der Bologneser Schule charakteristisch sei, nicht nach Bologna, sondern nach Ravenna, auch mancherlei positive Umstände günstig. Zunächst schon der Umstand, dass wir gerade im 11. Jahrh. von einer Rechtsschule zu Ravenna wüssten. Sodann mehrfacher Anschluss an den Sprachgebrauch der Romagna, wie namentlich in den Ausdrücken: „Legum doctores", „Legum periti", „Causidici", welche zur Bezeichnung einer bestimmten Personenklasse (der Sachwalter) vor der Mitte des 11. Jahrh. bloss in der Romagna vorkämen, wobei es noch besondere Beachtung verdiene, dass überhaupt nur da jene Ausdrücke abwechselnd zur Bezeichnung derselben Personenklasse gebraucht würden[2]). Ganz besonders zeuge aber

---

[1]) Wenn dafür S. 59 auch der Umstand verwerthet wird, dass nach Petr. I, 29 (= Tub. 121) die Ehe mit der sponsa incognita des verstorbenen Bruders nicht verboten sei, so wird dieses Moment doch wohl durch Petr. I, 42 (= Tub. 44) beseitigt. — [2]) Die Schlussfolgerung aus dem Gebrauche dieser Ausdrücke scheint mir bedenklich. Namentlich scheint es mir misslich, aus der Zeit des Vorkommens von „Causidici" etwas zu folgern, weil „Causidici" als plädirende Sachwalter der Parteien schon am Ende des 8. Jahrh. in der oben (S. 16) mitgetheilten Stelle Theodulf's von Orléans genannt werden. Viel gewichtiger ist hier jedenfalls der Umstand (Ficker S. 68), dass das von Ficker in den Forschungen III. S. 96 ff. nachgewiesene Auftreten der Causidici in den Urkunden der Romagna bald als Gerichtsbeisitzer, bald als Sachwalter der Parteien sich leicht aus dem zwar auf das Corpus iuris (L. 7 C. de iure post. 2, 6 vgl. L. 1 § 4 D. eod. 3, 1) zurück-

endlich für die Entstehung in der Romagna die Uebereinstimmung des Inhaltes des Rechtsbuches mit dem im 11. Jahrh. dort bestehenden Rechtsbrauche. Dies gelte von der ganzen Darstellung des Gerichtswesens, von der scharfen Auseinanderhaltung des probare und iurare in Petr. IV, 41 (= Tub. 57), welche selbst bis auf den Wortlaut mit den Angaben der romagnolischen Gerichtsurkunden über Beweis und Eid übereinstimme, vor allem auch von der Darstellung des Eherechtes. Kurz, die Abfassung des Werkes in der Romagna vorausgesetzt, bestünden nirgends auch nur die geringsten Schwierigkeiten, während sie bei der Versetzung in jedes andere Gebiet in reicher Fülle auftauchten.

Nach meinem Urtheil ist es durch die gründlichen Ausführungen Ficker's, welche ich hier nur ganz flüchtig skizziren konnte, mindestens in hohem Grade wahrscheinlich gemacht, dass unser Rechtsbuch seinem Ursprunge nach auf Ravenna zurückgeht, so wahrscheinlich, dass wir, wie mir scheint, bis auf weiteres von dieser Annahme auszugehen haben, wenigstens dann, wenn sich herausstellt, dass eine Literatur dieser Art um die Mitte oder noch vor der Mitte des 11. Jahrhunderts in Ravenna habe entstehen können. Um dies zu prüfen, wird es zweckmässig sein, dasjenige, was sich zur Zeit in Ansehung der Rechtsschule zu Ravenna ermitteln lässt, hier zusammenzustellen, zumal da die Angaben bei Savigny IV. S. 1 ff. und bei Ficker in den Forschungen III. S. 110 ff. und in den Sitzungsberichten der philos.-hist. Cl. der Wiener Akademie LXVII. S. 625 ff. immer noch eine Nachlese übrig lassen. Es wird sich dadurch zugleich ergeben, inwieweit es begründet ist, wenn Conrat, Epitome Exactis regibus S. CCLXXVII „die Existenz einer Schule, geschweige denn einer Rechtswissenschaft zu Ravenna unmittelbar vor der Glossatorenschule" für Dinge erklärt, „die nach dem Stande unserer heutigen Forschung in der Luft schweben".

---

gehenden aber keineswegs wörtlich daraus entnommenen Schlusssatze von Petr. IV, 5 (fehlt im Tub.) erklärt, mit welchem eine bei Ficker a. a. O. S. 108 citirte Urkunde von Imola aus dem J. 1037 auffallend übereinstimmt.

Die ausgiebigste Quelle unseres Wissens in Ansehung der gedachten Schule ist bekanntlich die Schrift des H. Petrus Damiani De parentelae gradibus (Opusc. VIII.). Auf Einladung des Erzbischofs Widger von Ravenna, welcher hernach auf einer Synode zu Aachen am 25. Mai 1046 wegen seines ärgerlichen Wandels abgesetzt wurde, war Damiani im Sommer 1045 nach Ravenna gekommen[1]). Dort wurde gerade lebhaft über die Frage gestritten, wie das canonische Verbot der Eheschliessung bis zur siebenten Generation zu verstehen sei, und die „sapientes civitatis in unum convenientes" hatten ein von den Florentinern begehrtes Rechtsgutachten schriftlich mit Berufung auf § 3 Inst. de nuptiis 1, 10 verb. „sed nec" rel. dahin abgegeben, dass zwei Seitenverwandte einander schon dann heirathen könnten, wenn beide im vierten Grade mit dem gemeinsamen Stammvater, also nach römischer Zählung mit einander im achten Grade, verwandt seien. Dieser einseitig romanistischen und vom Standpunkte des damaligen canonischen Rechtes gewiss falschen Ansicht trat Damiani in einer Disputation mit den Ravennatischen Juristen entgegen, welche er kurz nachher auf die Aufforderung des Bischofs Johannes von Cesena und eines Archidiaconus D. D. zu Ravenna mit geringen Erweiterungen aufschrieb. (De parent. grad. prooem., cap. I in., cap. XII.) Er redet darin seine Gegner überall als „Iudices" an (cap. V., VI. s. fin., VII.) und schildert sie als Richter, Sachwalter und Rechtsforscher (Cap. I. „qui in tribunalibus iudicant, qui causarum negotia dirimunt, qui scrutandis legum decretis insistunt"; cap. V.: „vos, iudices, alloquor, — — vos legis periti, qui iura scrutamini, qui causas peroratis"; cap. VI. in.: „Debuerant quidem iam haec pauca sufficere, si ii cum quibus ago, utpote litibus assueti, scirent in controversiam pauca movere. Illud itaque sub oculos revocemus, quod causidicos nostros ex suis legibus nobis obiecisse supra retulimus"; cap. VII.:

---

[1]) S. Kleinermanns, Der heil. Petrus Damiani. Steyl 1882. S. 76, bes. Anm. 2. — Die Schrift Ficker's hat mich zu näherer Beschäftigung mit Petrus Damiani und seinen Schriften veranlasst. Ich bin daher jetzt in vielen Punkten zu genaueren Angaben im Stande, als im vorigen Bande dieser Zeitschrift.

„Audite igitur, iudices, — — atque illud tumultuantium murmur, quo in foro vel tribunalibus assueti estis, hic in ecclesia fieri prohibete"). Dass sie aber neben dieser praktischen Thätigkeit auch Rechtsunterricht ertheilten, und zwar vor einer grossen Zahl von Schülern, geht unzweideutig aus folgender Wendung in cap. VIII. hervor: „qui inter clientium turbas tenetis in gymnasio ferulam, non vereamini subire in ecclesia disciplinam, et qui tamquam docti peroratis in tribunalibus causas, sufficiat vobis sicut docentis in oratorio Christi audire sententias". Zur Bestätigung tritt noch hinzu die Aeusserung in cap. XI. s. fin.: „Quod si necdum his acquiescitis atque adhuc impugnare tentatis, ex vestris profecto exedris munimen arripimus" etc. Ferner ist wohl als Anspielung auf die Lehrthätigkeit der Gegner noch zu betrachten die Ermahnung in cap. VII.: „Audite igitur, iudices, utriusque doctoris (B. Gregorii et Iustiniani) verba diligenter attendite".

So sind denn diese Stellen bisher auch allgemein verstanden worden. Erst Conrat (S. CCLXXV) hat hiegegen Widerspruch erhoben; denn „unter inter clientium turbas (mit Savigny) die Schüler zu verstehen, scheine ihm kaum möglich, da diese Bedeutung des Wortes auch im Mittelalter nicht begegne", und er sei daher, da Petrus sofort darauf auf die advocatorische Thätigkeit anspiele, eher geneigt, in jenen Worten „eine Beziehung auf die in den anderen Stellen stets hervorgehobene richterliche Qualität der Juristen zu erblicken, eine Annahme, die allerdings zur Supposition habe, dass das gymnasium eine Gerichtsstätte war". In der letzteren Hinsicht genügt aber wohl eine einfache Hinweisung auf Du Cange s. vv. „gignasia" et „gymnasium" und auf Denifle, Die Entstehung der Universitäten des MA. S. 37; und was die Bedeutung des Ausdruckes „inter clientium turbas" anlangt, so darf und muss wohl als unverwerflichster Interpret der Schreibweise des Petrus Damiani sein Schüler und Biograph Johannes von Lodi betrachtet werden, welcher in der Vita Petri Damiani cap. II. von ihm selber folgendes erzählt: „Cumque discendi finem ex omni liberali scientia peritus fecisset, mox alios erudire clientium turba ad doctrinae ipsius famam

undique confluente studiosissime coepit"! Es wird also nach wie vor als feststehend zu gelten haben, dass um die Mitte des 11. Jahrh. in der That zu Ravenna eine viel besuchte Rechtsschule war.

Auch hat sich aus den bisher berichteten Aeusserungen des Damiani bereits eine merkwürdige Uebereinstimmung der Verhältnisse dieser Schule und der gleichzeitigen Schule des langobardischen Rechtes zu Pavia herausgestellt. Dort wie hier (und wie übrigens später auch in Bologna) sind die Rechtslehrer zugleich praktische Juristen in einflussreichen Stellungen.

Das Ansehen und die Bedeutung der Schule erhellt nicht bloss aus der Menge der Schüler und aus dem Umstande, dass über eine so wichtige Frage wie diejenige, worüber Damiani mit den Ravennaten disputirte, die Florentiner ein Rechtsgutachten bei ihr erholten, sondern auch aus der anderen bemerkenswerthen Thatsache, welche in Verbindung mit der so eben erwähnten nebenher nähere Beziehungen der Schule mit Florenz vermuthen lässt, dass in Ravenna nicht bloss einheimische, sondern auch auswärtige Juristen thätig waren. Damiani spricht nämlich im Eingange des cap. VII. von einem Florentiner, welcher als besonders gewandter und schlagfertiger Gegner ihn, den Verfechter des canonischen Rechtes, gerade durch Berufung auf eine Stelle dieses Rechtes ins Gedränge zu bringen gesucht habe („quidam promptulus, cerebrosus ac dicax, scilicet acer ingenio, mordax eloquio, vehemens argumento, Florentinus puto, verbis me B. Gregorii insolenter urgebat"). Dass gerade auch dieser Florentiner als Rechtslehrer thätig war, lässt sich nicht allein aus jener interessanten, noch für die Florentiner der späteren Jahrhunderte so zutreffenden Charakterisirung schliessen, sondern es geht, wie mir scheint, mit Bestimmtheit daraus hervor, dass auf die Erwähnung seines scharfen Angriffes Damiani unmittelbar die Worte folgen lässt: „Audite igitur, iudices, utriusque doctoris verba diligenter attendite". Und Ravenna zeigt sich also als ein Mittelpunkt der Rechtslehre, wo sich fähige Lehrer auch aus anderen Theilen Italiens niederliessen.

Noch ungleich schlagender wird aber der grosse Ruf und weitreichende Einfluss der dortigen Schule dadurch bewiesen, dass hochgestellte Geistliche den Damiani aufforderten, zur Verhütung weiteren Umsichgreifens der zu Ravenna aufgetauchten ketzerischen Ansicht seine Disputation durch schriftliche Aufzeichnung auch weiteren Kreisen zugänglich zu machen, und dass Damiani am Schlusse seiner Schrift (cap. XII.) zur Entschuldigung dessen, dass er dem zunächst noch schwachen Keim jener Ketzerei mit so vielen Worten entgegengetreten, bemerkt: man möge erwägen, mit was für Gegnern er es zu thun habe; dann werde man als Nothwendigkeit erkennen, was man vorher der Geschwätzigkeit zugeschrieben: „Verumtamen qui me laciniosi operis arguit, perpendat, cum quibus mihi sit in hac disceptatione negotium, et mox necessitati deputet, quod verbositati hactenus adscribebat. Necessarium nempe duximus ista conscribere, ne cancer, qui in dies per augmenta serpebat, pestilentius adhuc se per ecclesiae viscera dilataret“.

Solche Befürchtungen erwiesen sich ja auch durchaus nicht als grundlos. Trotz Damiani's Schrift war die ketzerische Ansicht der Ravennaten im Jahre 1063 noch keineswegs überwunden; sie hatte sich im Gegentheil, doch ohne Zweifel unter dem Einflusse der Schule zu Ravenna, in verschiedenen Gegenden Italiens und namentlich nach Neapel ausgebreitet, so dass der Papst Alexander II. sich veranlasst sah, die Frage auf dem lateranischen Concil im April 1063 zur Verhandlung und Entscheidung zu bringen und daraufhin jener Ansicht in einer ausführlichen Decretale an alle Bischöfe, Geistlichen und Richter in Italien (c. 2 C. XXXV. q. 5), sowie noch in einem besonderen Schreiben an die Cleriker der Neapolitanischen Kirche [1]) entgegenzutreten.

Zeugt schon das alles zur Genüge für das hohe Ansehen der Rechtsschule zu Ravenna in der Mitte des 11. Jahrh., so tritt noch als ein ganz besonders gewichtiger Beweis-

[1]) Vollständig abgedruckt bei Hüffer, Beiträge zur Geschichte der Quellen des Kirchenrechts. Münster 1862. S. 119 ff.



grund hinzu, dass der Papst sich diesmal nicht mit einer kurzen positiven Verordnung und der, wie man denken sollte, völlig ausreichenden Hinweisung auf die sacri canones und den mos ecclesiasticus begnügt, sondern die Gegner, also eben vornehmlich die Ravennatischen Juristen, mit dem Aufgebote aller juristischen Kunst der damaligen Zeit zu widerlegen und zu überzeugen sucht [1]). Ein solches so ganz aussergewöhnliches Verfahren von Seite des Oberhauptes der Christenheit ist doch zweifellos der beste und sicherste Beweis höchster Achtung jener Gegner, zugleich auch schon ein genugsamer Beweis, dass damals zu Ravenna eine „Rechtswissenschaft" bestand; denn blossen „Handwerkern" gegenüber würde sich der Papst zu der ungewöhnlichen Ehre einer wissenschaftlichen Widerlegung doch gewiss nicht herabgelassen haben. Blosse „Handwerker" würden übrigens auch gar nicht gewagt haben, sich gegen die sacri canones und den mos ecclesiasticus aufzulehnen. Noch viel weniger würde man sich an sie von weit her um ein Gutachten gewendet haben; denn juristische „Handwerker" hätte man auch zu Hause gefunden.

Dass aber die Ravennatischen Juristen in der That keine blossen „Handwerker" waren, sondern das Recht kunstmässig und wissenschaftlich betrieben, geht auch unmittelbar aus Damiani's Schrift De parentelae gradibus hervor. Denn zunächst berichtet er von ihnen in cap. VI. in.: „Cumque in astruendis propriis allegationibus saepius verba

[1]) Ich will mir erlauben, hier beiläufig folgendes zu bemerken. Damiani war auf dem Concil zugegen (Kleinermanns S. 162), und man wird daher ohne weiteres annehmen dürfen, dass er hauptsächlich die Entscheidung der Frage betrieb, zumal da ihm selbst nachträglich Gewissensbedenken aufgestiegen waren, ob er nicht in der Schrift De parentelae gradibus doch etwas zu weit gegangen sei. S. Dissertatiuncula de gradibus cognationis in app. opusc. VIII. (Opp. ed. Cajetani tom. III. p. 96 seq.) Auch erkennt man bei etwas näherer Vergleichung deutlich, dass den beiden Decretalen jene erste Schrift des Damiani zu Grunde liegt; denn Gedankengang und Beweisführung ist dort wie hier ganz dieselbe. Nur ist freilich die in Gratian's Decret aufgenommene Decretale, auf welche als auf die eigentlich massgebende die andere am Schlusse ausdrücklich verweist, von einem ungleich gewiegteren Juristen als Damiani verfasst.

haec iterarent, deinde ratiocinando, assumendo, colligendo multimoda cavillationum argumenta componerent, in arcto positus hac quae eo loci occurrere potuit voce respondi." Was ist das anderes als wissenschaftliche Behandlung des Rechtes? Zudem zeigt Damiani in jener Schrift sich selbst keineswegs als blossen juristischen „Handwerker", sondern er führt seine Sache auch vom heutigen Standpunkte mit viel Geschick und Scharfsinn. Das lässt doch ohne weiteres auf eine ähnliche Art der Behandlung von Seite der Gegner schliessen. Zum Ueberflusse tritt Damiani gegen sie nicht etwa mit dem Ton geistiger Ueberlegenheit auf, sondern er spricht von ihnen, wiewohl sonst in seinen Schriften mit den Ausdrücken gegen Andere, und zwar selbst gegen sehr hoch gestellte Personen, durchaus nicht besonders schonend, überall mit der grössten Achtung und Anerkennung. Er betont in cap. VI. ausdrücklich die „legis peritorum faceta urbanitas", mit welcher er zu streiten habe, hebt nicht nur die Nothwendigkeit und Schwierigkeit der Widerlegung so gewichtiger Gegner hervor, sondern gibt auch wiederholt ehrlich zu, dass er durch ihre Einwendungen in das Gedränge gerathen sei, und endlich erklärt er, was hier ganz besonders beachtenswerth ist, in cap. VII. s. fin. mit sichtlichster Absicht: auf die Erörterung von Schwierigkeiten des Justinianischen Rechtes lasse er sich nicht ein; denn er sei kein Jurist und masse sich nicht die Kenntniss eines fremden Berufes an. („Quod si me fortasse consulitis, qualiter illa Iustiniani sententia possit absolvi, nihil nostra interest; vobis siquidem vestra relinquimus nec alieni nobis officii peritiam arrogamus.") Wenn aber Damiani, welchem wir auch von unserem Standpunkte eine gute Rechtskenntniss und ein achtbares Maass wissenschaftlicher Handhabung des Rechtes nicht absprechen können, sich den Ravennaten gegenüber zu der Erklärung bemüssigt fühlt, dass er sich nicht anmasse, als Jurist gelten zu wollen, so muss das, namentlich zusammengehalten mit dem gedachten Verfahren des Papstes, sogar eine recht hohe Meinung von ihren Leistungen erwecken.

Zugleich lässt sich jetzt erkennen, worin der Unterschied des Rechtsunterrichtes an den eigentlichen Rechtsschulen und an den gewöhnlichen Schulen der artes liberales bestand. Zeigt uns die Expositio zum Liber Papiensis und eine Schrift wie das Tübinger Rechtsbuch, was eigentliche Juristen des 11. Jahrh. lehrten und leisteten, so liefert Petrus Damiani, welcher vor seinem Eintritte in das Kloster, also um 1035, zu Parma die liberales artes gelehrt hatte, ein Beispiel für das Maass juristischer Bildung, welches tüchtige Lehrer dieser Art besassen. Anscheinend war für einen Nichtjuristen seine juristische Bildung sogar ungewöhnlich gross, was wahrscheinlich darin seinen Grund hatte, dass er, zu Ravenna geboren, zuerst in dieser Stadt die Schulen besucht hatte. Jedenfalls stand sie, wie freilich überhaupt seine ganze Bildung, ungleich höher als diejenige seines Zeitgenossen Anselm's des Peripatetikers, der sich doch als den Schüler des nach seiner Schilderung unvergleichlichen Rhetors und Juristen Sichelm zu Reggio mit seinem juristischen Wissen gewaltig brüstet. Will man das Maass der Rechtskenntnisse Anselm's als das Muster dessen betrachten, was damals, und zwar auch nur unter günstigeren Verhältnissen, der von den Lehrern der liberales artes mit der Rhetorik verbundene elementare Rechtsunterricht erzielte, so ist dies genau das Ergebniss, welches auch gegenwärtig unter gleichen Umständen zu erwarten stünde: einige Vertrautheit mit den Rechtsbegriffen und den juristischen Kunstausdrücken zu der vom Zeitgeschmacke geforderten Aufputzung des Stils und ein paar Stellen aus den Rechtsquellen zur Erweckung des Anscheins ganz besonderer Gelehrsamkeit — allerdings nur in den Augen des urtheilslosen Laien. Obgleich also die juristische Bildung des Petrus Damiani sehr weit über derjenigen jenes eiteln rhetorischen Schwätzers stand, so scheint er gleichwohl von den Theilen der Justinianischen Gesetzgebung bloss die Institutionen näher gekannt zu haben, da er nicht allein in der Schrift De parentelae gradibus nur diese (und zwar als „Instituta“) citirt, sondern auch in einem Schreiben an einen Causidicus Atto (Opusc. XLII. Dissert. II. princ.) mit dem Citate: „Romanis legibus cautum est, ut quod semel a dante con-

ceditur, nullo modo revocetur" bloss auf § 2 Inst. de donat. 2, 7 zu verweisen scheint. Wahrscheinlich wurden in Italien bei dem mit der Lehre der liberales artes verbundenen Rechtsunterrichte wesentlich bloss die Institutionen berücksichtigt, so dass es schon etwas besonderes war, wenn ein Nichtjurist, wie obiger Anselm, auch ein paar Stellen aus dem Julian auftischen konnte.

Wende ich mich nach dieser Abschweifung zu der Rechtsschule in Ravenna zurück, so werden nach diesen bestimmten und gleichaltrigen Beweisen ihres Daseins und ihrer Bedeutung doch wohl auch die bekannten Erzählungen des Odofredus von dem Uebergange des Hauptsitzes der Rechtsstudien zuerst von Rom an Ravenna, dann von dort an Bologna nicht, wie Conrat S. CCLXXIII fg. will, als blosse unglaubwürdige Erfindungen erscheinen können, zu denen „das richtige Verhalten sei, sie einfach zu ignoriren". Sie treten vielmehr jenen Beweisen noch als wichtige Bestätigung insofern hinzu, als sie zeigen, dass sogar zu Bologna noch im 13. Jahrh. die Erinnerung an die frühere Bedeutung und den Ruhm der Schule zu Ravenna lebendig war, so dass man es dort nicht verschmähte, die eigene Rechtsschule, wiewohl sie doch längst alle anderen überstrahlt hatte, als Nachfolgerin jener älteren hinzustellen.

Obwohl ich für meinen nächsten Zweck, nämlich zum Belege, dass dasjenige, was wir von der Rechtsschule zu Ravenna und ihren Leistungen um die Mitte des 11. Jahrh. wissen, der Zurückführung der Exceptiones Legum Romanorum auf diese Schule durchaus günstig ist, mit dem gesagten mich vollauf begnügen könnte, will ich doch der Vollständigkeit halber und zur Bequemlichkeit späterer Forscher auch noch die übrigen einigermassen sicheren Spuren gedachter Schule hier namhaft machen.

An erster Stelle ist darunter die schon erwähnte, für einen Nichtjuristen sehr gediegene Rechtskenntniss des Petrus Damiani zu nennen. Dieser, Ende 1006 oder Anfang 1007 zu Ravenna geboren, war nach dem Tode seiner Eltern von einem erwachsenen Bruder sehr schlecht behandelt und geistig gänzlich vernachlässigt worden. Erst als er schon ziemlich gross geworden war („iam grandiusculus"),

nahm sich ein anderer in seiner Vaterstadt lebender Bruder seiner an und liess ihm zuerst Elementarunterricht, hernach Unterricht in den liberales artes ertheilen. Später ging er zu weiterer Ausbildung noch nach Faenza und endlich nach Parma, wo er jedenfalls 1033 noch studirte, dann aber bis zu seinem um 1036 erfolgten Eintritt in das Kloster selber einige Zeit als Lehrer thätig war[1]). Man wird sonach anzunehmen haben, dass er zu Ravenna den liberales artes etwa um 1025 obgelegen habe. Vergleicht man nun die juristische Bildung des Damiani mit derjenigen Anselm's des Peripatetikers, welcher doch auch, wiewohl einige Jahre später, in Parma studirt hatte, so ist der Unterschied zu Gunsten des Damiani so gross, dass man diesen Theil der Bildung des letzteren doch schwerlich auf Parma, sondern nur auf Ravenna und den Einfluss der dortigen Rechtsschule wird zurückführen können.

Damiani erzählt aber auch (Opusc. XLII. c. II. s. fin.) von einem Bekannten, welcher mit ihm habe in das Kloster eintreten wollen, mit der Bemerkung: „civis in Ravennati urbe pollebat et legis peritia strenuus et grammaticorum regulis competenter instructus", stellt ihn also damit als wirklichen Juristen hin. Dass dieser in Ravenna seine juristische Bildung erlangt hatte, ist doch sicherlich nicht zu bezweifeln, damit aber das Dasein einer dortigen Rechtsschule schon in den ersten Jahrzehnten des 11. Jahrh. bewiesen.

Das 1047 zu Rimini Behufs der Entscheidung einer zwischen den „legis periti" über die Auslegung zweier anscheinend widerstreitender Vorschriften des römischen Rechtes entstandenen Streitfrage erlassene Gesetz Heinrich's III. über den Calumnieneid der Cleriker (s. S. 39 Nr. 5) ist gewiss

---

[1]) Vgl. Ioannes Laudensis in Vita B. Petri Damiani c. II. und Kleinermanns, Der heil. Petrus D. S. 15 fg., 19 ff., bes. auch S. 22 Anm. 1. Freilich ist die Darstellung von Kleinermanns nicht überall genau. — Dass die Lehrthätigkeit des Damiani doch mindestens 2—3 Jahre gedauert haben muss, erhellt daraus, dass er dem Kloster ein dadurch erworbenes Vermögen von 90 Pfund Silber zubrachte. S. Kleinermanns S. 19 Anm. 5. Ohne Zweifel beendigte er also seine Lehrjahre zu Parma im Jahr 1033.

unter Mitwirkung Ravennatischer Juristen zu Stande gekommen. Schon die geographische Lage von Rimini lässt daran, wie mir scheint, keinen Zweifel; und Ficker hat es in den Forschungen III. S. 112 auch noch aus anderen Gründen sehr wahrscheinlich gemacht. Man wird aber ferner auch kaum bezweifeln können, dass jene Streitfrage eine unter den Juristen von Ravenna verhandelte war.

Endlich besitzen wir aus den letzten Zeiten des 11. Jahrh. einen Beweis des Daseins und Lebens der Ravennatischen Schule in der 1080 verfassten, zur Vorlegung auf dem Brixener Concil bestimmten Anklageschrift des Ravennatischen Juristen Petrus Crassus gegen Gregor VII.[1]).

Diese Schule lässt sich also in der That durch das ganze 11. Jahrh. verfolgen. Da dieses aber der Fall, so wird vielleicht auch die folgende Vermuthung als nicht gänzlich bodenlos und schlechthin verwerflich erscheinen. Nach den Nachweisungen bei Ficker, Forschungen III. S. 104 fg. kommt in Urkunden seit 1021 und bis 1037 vielfach ein Petrus de Rainerio vor, welcher, da er 1023 mit seinem Bruder Guido eine Schenkungsurkunde zu Ravenna unterschreibt, und da er 1032 im Gerichte des Markgrafen Bonifacius bei Ferrara als Sachwalter für den Procurator des Erzbischofs zu Ravenna auftritt, da er ferner auch sonst nur bei Gerichtssitzungen genannt wird, welche entweder in Ravenna selbst oder doch in der nächsten Umgebung (Faenza, Bologna, Imola) stattfanden, doch ohne Zweifel in Ravenna seinen Wohnsitz hatte. Dass er ein Rechtskundiger von höchstem Ansehen war, geht nicht allein aus jener Bestellung zum Sachwalter des Erzbischofs, sondern auch aus der Thatsache hervor, dass er, ohne jemals Iudex zu sein, doch so häufig zu Gerichtssitzungen zugezogen wurde und hier stets unmittelbar nach den Iudices genannt wird. Wird man ihn schon deshalb mit der Rechtsschule zu Ravenna in Verbindung bringen dürfen, so kommt hinzu, dass er sich in ganz ungewöhnlicher, nach Ficker's

[1]) Abgedruckt bei Ficker, Forschungen IV. S. 106 ff. Vgl. über die Schrift Ficker S. 63 fg. und Forschungen III. S. 112 ff., Maassen in den Sitzungsberichten der phil.-hist. Cl. der Wiener Akademie Bd. LXXXV (Jahrg. 1877) S. 227 ff.

Nachweisungen in der ersten Hälfte des 11. Jahrh. einzig dastehender Weise als Petrus scolasticus oder P. scolasticissimus unterschreibt. Auch der Notar, welcher ihn sonst bloss nach dem Vater oder als vir sapiens bezeichnet, nennt ihn in der Urkunde, worin er als Sachwalter erscheint, zuerst Petrus scolasticissimus und dann Petrus scholasticus. Nun kommt ja freilich nach Du Cange „scholasticus“ in sehr verschiedenen Bedeutungen vor, unter anderen im Sinn von Sachwalter gleichbedeutend mit causidicus; allein in diesem Sinn kann es hier doch nicht füglich gemeint sein, da es ja abwechselnd mit scholasticissimus auftritt, welches doch nicht causidicus bedeuten, sondern nach Du Cange nur im Sinn von sapientissimus und namentlich disertissimus verstanden werden kann, wie denn auch scholasticus im Mittelalter sehr häufig in der allgemeinen Bedeutung von eruditus, literatus, sapiens, besonders aber disertus gebraucht wird. Da nun ferner im vorgerückteren Mittelalter scholasticus, wo es substantivisch vorkommt, doch vorwiegend in Beziehung auf die Schule verwendet zu sein scheint, sei es im Sinn von scholaris, sei es umgekehrt im Sinn desjenigen qui scholas regit[1]): so möchte die Vermuthung nicht ganz ferne liegen, dass es sich bei unserem Petrus scholasticus oder scholasticissimus um einen ehrenden Beinamen handle, welcher einem geschätzten Lehrer und Gelehrten von seinen Schülern beigelegt worden sei. Erwägt man aber weiter, dass in sämmtlichen Handschriften der Exceptiones Legum Romanorum, welche einen Petrus als Verfasser nennen, dieser gleichlautend als „vir disertissimus“ bezeichnet wird, was nach dem gesagten gleichbedeutend mit „scholasticissimus“ ist, und dass sich die Bemerkung am Schlusse der Prager Handschrift: „Expliciunt exceptiones R. L. M. P. VS.“ vortrefflich erklärt, wenn man die Abbreviaturen durch „Romanorum Legum magistri Petri viri scholastici“ oder, was ja wiederum gleichbedeutend und ebenfalls eine häufige Bezeichnung des Petrus de Rainerio in den Urkunden ist,

---

[1]) Vgl. auch Specht, Geschichte des Unterrichtswesens in Deutschland S. 182 ff.

„viri sapientis" auflöst, — erwägt man dies alles, so dürfte immerhin eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, dass wir in diesem Petrus filius Rainerii den Verfasser desjenigen Rechtsbuches vor uns haben, welches bereits unter dem Titel „Exceptiones Legum Romanorum" für das Tübinger Rechtsbuch die unmittelbare Grundlage gewesen ist. Etwas bestimmtes wird sich freilich bezüglich dieser Frage bei dem überaus häufigen Vorkommen des Namens Petrus kaum jemals ermitteln lassen [1]).

[1]) Von dem im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 138 Anm. 2 als möglichem Verfasser des „Petrus" erwähnten Peter aus der Provence muss schon deswegen abgesehen werden, weil da doch wohl eine Verwechslung mit dem ebenfalls dort genannten Henricus francigena vorliegen möchte, möglicherweise dadurch veranlasst, dass die Gemma des letzteren, deren Abschrift aus der Wolfenbüttler Handschrift 56. 20 Herr Geh. Hofrath Rockinger mir mitzutheilen die Güte gehabt hat, mit einer Widmung an einen „Petrus Seueriane domus canonicus" beginnt. Denn Rockinger's Bemerkung, dass jener Provençale Peter einen bereits verstorbenen Anselm als seinen Lehrer nenne, scheint sich auf folgende Stelle in der Gemma zu beziehen: „Generalem enim regulam hanc a magistro beate recordationis Anselmo audiuimus, ut in salutatione semper dignior persona preponatur". — Ich will bei dieser Gelegenheit bemerken, dass sich, wie mich dünkt, mit einiger Wahrscheinlichkeit auch noch ein anderer Ravennatischer Jurist aus der ersten Hälfte des 11. Jahrh. nachweisen lässt, von dessen Lehrthätigkeit Spuren auf uns gekommen sind. Von den in Savigny's Ausgabe der Turiner Institutionenglosse (II. S. 429 ff.) mit abgedruckten neueren Glossen sind nach den Angaben Krüger's in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII. S. 50 die folgenden von einer und derselben Hand (von Krüger mit g bezeichnet) geschrieben: 244, 260, 262, 274, 283, 287, 293, 295, 304. Sie erweisen sich nach ihrem Inhalte sämmtlich als bei dem Unterrichte von einem Scholaren niedergeschriebene Bemerkungen, wie übrigens geradezu erhellt aus glo. 274 ad § 4 Inst. de SC. Tert. 3, 3 verb. „defraudebatur": Hic magister elegit dicere „defrudebatur". Dieser Magister wird aber auch genannt in glo. 295: Paganus subaudivit hic: „scilicet servi", und es kann kein Zweifel sein, dass, wenn es in glo. 262, 283, 304 heisst: „p. dicit" oder „dicit p.", stets derselbe Lehrer gemeint ist. Nun kommt ferner nach zwei bei Ficker, Forschungen IV. Nr. 50 und 52 abgedruckten Urkunden einmal 1029 im Gerichte eines Missus des Erzbischofs von Ravenna bei Ferrara als erst genannter Beisitzer ein Albericus qui nominatur Paganus iudex, sodann 1032 im Gerichte des Markgrafen Bonifacius unter Beisitz des Erzbischofs von Ravenna gleichfalls bei Ferrara wiederum ein iudex Paganus vor. (Der in Nr. 54 in einem Gerichte

Wenn ich nun aber Ficker's Beweisführung gegenüber bereitwillig zugebe, dass mit grösster Wahrscheinlichkeit

---

bei Imola 1037 auftretende Paganus filius quondam Arialdi consulis dürfte, da er nicht als Iudex, sondern nur unter den Anwesenden, und zwar nahezu an letzter Stelle genannt wird, eine andere Person sein.) Da der Name Paganus doch wohl nicht so gar häufig war, so wird man unwillkürlich auf die Vermuthung geführt, dass jener Lehrer und dieser Iudex Paganus eine und dieselbe Person sein möchte. Dies würde zugleich wieder auf Ravenna als die Heimat der neueren Turiner Glossen hinweisen: Gründe genug, eine baldige sorgfältige und vollständige Ausgabe auch dieser Glossen mit genauer Unterscheidung der verschiedenen Hände und ihrer zeitlichen Aufeinanderfolge als höchst wünschenswerth erscheinen zu lassen. — Endlich wird auch der in der Kölner Institutionenglosse nr. 108 genannte Geminianus, welcher, wie ich schon im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 276 fg. gesagt habe, mit Wahrscheinlichkeit als der Verfasser der uns im ersten Anhange zum Petrus c. 2, 3 bruchstückweise überlieferten Sammlung von Rechtsregeln zu betrachten ist, zu den Ravennatischen Juristen zu rechnen sein, da sowohl die Kölner Glosse wie die Anhänge zum Petrus dem nämlichen Literaturkreise wie der letztere selbst angehören. Mir scheint aber, man darf in diesem Geminianus auch noch den Verfasser einer anderen uns vollständig erhaltenen Schrift vermuthen; nämlich des von mir in den Jurist. Schriften des früheren MA. S. 117 ff. aus einer Handschrift Hänel's und einer Bamberger Handschrift herausgegebenen, auch in die Epitome Exactis regibus verarbeiteten Tractates De natura actionum, welcher sich übrigens nach Brandileone, Il diritto romano nelle leggi normanne e sveve (s. unten S. 72) p. 91, auch in cod. ms. Vat. lat. nr. 8782 saec. XII. ex. findet, und zwar mit dem nämlichen Anfange wie in Hänel's Handschrift. Dass dieser Tractat gleichfalls dem genannten Literaturkreise angehört, kann schon wegen der engen Verbindung, in welcher er in der Handschrift Hänel's mit dem auch in den zweiten Anhang zum Petrus sowie in die Summa Bellinensis aufgenommenen und daher sicher zu jenem Literaturkreise gehörigen Tractate De actionum varietate et vita seu longitudine erscheint, nicht wohl zweifelhaft sein. Ferner steht es nach den von mir in den Jurist. Schriften S. 58 gegebenen Nachweisungen fest, dass er in der Schrift des Placentinus De varietate actionum benutzt ist, woraus doch die unabweisliche Vermuthung fliesst, er sei derjenige, welcher in der bei Savigny IV. S. 64 mitgetheilten Glosse zum arbor actionum des Johannes: „Primo tractavit de natura actionum G. Postea Henri'. Postea P. Quarto dilucide Io." an erster Stelle genannt ist. Nun haben Savigny und Bethmann-Hollweg das G. als Guarnerius gedeutet; allein von einem solchen Tractate des Irnerius findet sich sonst keine Spur. Auch würde er nicht der erste sein, denn unser Tractat ist jedenfalls älter. Jede Schwierigkeit verschwindet aber,

Ravenna als die Urheimat unseres Rechtsbuches anzusehen ist, so erscheinen mir doch in der Gestalt, wie es uns im Tübinger Rechtsbuche vorliegt, Beziehungen auch zu Pavia als völlig unverkennbar und unleugbar. Von den Gegengründen, welche Ficker S. 49 ff. gegen diese von mir schon im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 130 ff. aufgestellte Behauptung geltend macht: abweichende Art der Behandlung, andere Citirweise, der auf ein Gebiet des römischen Rechtes hinweisende Inhalt, erledigen sich der erste und der dritte schon einfach dadurch, dass ich ja gleich Ficker in dem Tübinger Rechtsbuche kein ursprüngliches sondern ein abgeleitetes Werk erblicke, als dessen ursprüngliche Heimat ich ein Gebiet des römischen Rechtes anerkenne. Was aber die Citirart betrifft, so wäre, wollte ich hier Ficker beim Worte nehmen, gerade durch sie die Beziehung zu Pavia ganz bestimmt erwiesen. Denn wenn Ficker S. 50 davon ausgeht, dass in der Anführung mit den Anfangsworten ein ausschliesslicher Brauch der longobardischen Rechtsschulen zu sehen, und dass diese Citirart für die gesammte an die Papienser Schule anschliessende Literatur völlig charakteristisch sei: so zeigt der flüchtigste Blick auf die Glosse zum Tübinger Rechtsbuch und die daraus in meiner Ausgabe der Glosse zum Petrus S. 18 fg. gemachte Zusammenstellung von Citaten, dass dieses gerade eben auch die Citirart der gedachten Glosse ist, von welcher ich (oben S. 34) mindestens wahrscheinlich gemacht zu haben glaube, dass sie schon von dem Verfasser des Tübinger Rechtsbuches selbst, wenn nicht gar von dem Verfasser der ursprünglichen Exceptiones, herrührt. Ich will indessen diesen Vortheil nicht rücksichtslos ausnutzen; denn, da sich ganz ähnliche Citate auch in den neueren Turiner Institutionenglossen (s. glo. 171, 180, 353, 425, 433) finden, bei denen doch nirgends Beziehungen zu Pavia bemerkbar sind, und da auch die Citate in der Streitschrift des Petrus Crassus sowie in der Kölner Institutionenglosse (nr. 9, 126, 129)

wenn man das G. als Abkürzung von Geminianus betrachtet und diesem also den Tractat zuschreibt. So treten denn auch die Verfasser der auf uns gekommenen juristischen Schriften des 11. Jahrh. nachgerade aus dem Dunkel hervor.

eine verwandte Gestalt zeigen[1]), so scheint die Citirart im 11. Jahrh. noch an anderen Schulen üblich gewesen zu sein. Auch will ich nicht mehr als entscheidend für einen Einfluss gerade der Schule zu Pavia auf das Tübinger Rechtsbuch geltend machen die Uebereinstimmung von Tub. 16 (= Petr. III, 2): „si aliena, eam et aliam similem reddat" mit der Expositio zum Liber Papiensis ad Widon. c. 5 in § 3; denn ich habe mich inzwischen aus L. 2. Th. C. fin. reg. 2, 26 (= L. 4 I. C. eod. 3, 38) cum interpret. und L. un. Th. C. de his qui sanguinolentos 5, 8 cum interpret. überzeugt, dass Schadenersatz durch Gewährung einer anderen gleichartigen und gleichwerthigen Sache auch dem römischen und namentlich dem vorjustinianischen Rechte nicht fremd ist, so dass die missverständliche Auslegung der L. 7 C. unde vi 8, 4 im Tübinger Rechtsbuche und in App. Petri I c. 11 als Fortwirkung vorjustinianischer Ueberlieferung und die entsprechende falsche Darstellung in der genannten Stelle der Expositio vielleicht eher als Einfluss gerade unseres Rechtsbuches auf diese zu betrachten sein könnte. Endlich will ich Ficker auch noch einräumen, dass das langobardische Recht, wie es praktisch von dem römischen nicht allzu streng geschieden wurde, so dass in der Rechtsanwendung wechselseitige Einflüsse der beiden Rechte auf einander zu beobachten sind, auch auf die wissenschaftliche Behandlung und Darstellung des römischen Rechtes, selbst in einem Gebiete des römischen Rechtes und an einer Schule des römischen Rechtes wie Ravenna, recht wohl eine gewisse Einwirkung üben konnte, wohin z. B. der Gebrauch

[1]) S. in Ansehung der Citate des Petrus Crassus die Zusammenstellung von Maassen a. a. O. (s. S. 57 Anm. 1) S. 9 fg. Beachtenswerth ist hier namentlich das Citat: Habetur enim in libro Codicis tale capitulum: „Si quis parentis" rel. Aus der Kölner Glosse ist das Citat in glo. 9 hervorzuheben: ut capitulo VI. (sc. sexti) libri codicis legitur aureorum usus anulorum, wo dem Zusammenhange nach nur eine Bezeichnung der Stelle nach den Anfangsworten (VI. l. Cod. cap. Aureorum usus anulorum = L. 2 C. de iure aureor. anul. 6, 8) gemeint sein kann. Unter den Citaten der bezeichneten Turiner Glossen ist besonders merkwürdig dasjenige in glo. 180 (man. c): Nota constitutionem hanc esse correptam ab alia quae in Novellis posita est et nuncupatur (!): Nemo pater aut mater (= Iul. CVII. c. 3: „Neque pater aut mater" rel.).

des Ausdruckes caput im Sinne von aestimatio rei sowie die Erwähnung der famis necessitas in Tub. 89 (= Petr. I, 46) und ähnliches zu rechnen sein möchte.

Immerhin dürften aber doch die Citirformen der Glosse des Tübinger Rechtsbuches, da sie mit den in der Expositio zum Liber Papiensis auftretenden (hier wie dort übrigens nicht stereotyp gleichförmigen) genau übereinstimmen, während die Citirart in den anderen genannten Schriften mindestens kleine Abweichungen zeigt, zunächst auf Pavia hinweisen. Und recht bestimmt deutet meines Dafürhaltens auf Pavia hin nicht sowohl die Benutzung im Papienser Capitular enthaltener Gesetze im Tübinger Rechtsbuche, da diese ja nicht sämmtlich bloss in den Gebieten des langobardischen Rechtes galten, als vielmehr die ausdrückliche Nennung dieses Capitulars als einer Quelle in der Glosse des Rechtsbuches. Entscheidend aber scheint mir für die Abfassung in einem Gebiete langobardischen Rechtes zu zeugen nicht bloss die fast wörtliche Aufnahme von Capiteln dieses Rechtes in Tub. 26 und 30 (= Petr. III, 47, 45), sondern namentlich die Aufnahme solcher Vorschriften desselben, welche dem römischen Rechte bestimmt widerstreiten und von denen man nicht begreift, was einen Juristen eines römisch-rechtlichen Gebietes zu ihrer Aufnahme hätte veranlassen sollen, wie in dem genannten Tub. 30 und in Tub. 34 (= Petr. III, 6). Vollends unbegreiflich müsste von Seite eines solchen Juristen die Aufnahme der quaestio quaedam in Tub. 130 (= Petr. III, 69) erscheinen, welche sich übrigens auch nach Stil und Inhalt als ein fremdartiger Zusatz verräth, zudem, was wohl zu beachten, im Tübinger Rechtsbuche und ebenso in der Turiner Handschrift des Petrus keine, in der Prager Handschrift des letzteren nur eine worterklärende Glosse hat. Ist aber das Tübinger Rechtsbuch in einem Gebiete langobardischen Rechtes verfasst, so muss doch wieder zunächst der Gedanke an Pavia entstehen. Und täusche ich mich nicht, so habe ich jetzt noch einen Umstand gefunden, welcher, so unscheinbar und unbedeutend er an sich ist, dennoch mit grosser Bestimmtheit auf eine enge Beziehung gerade zu Pavia hinführt, überhaupt für die Untersuchung

der Geschichte unseres Rechtsbuches sehr erheblich sein dürfte.

In Petr. I, 9 (= Tub. 39) steht folgender Satz:

> Si vero de tam vili progenie orta fuerit (sc. mater), quod nullum improperium ei sit naturales habere filios, sicuti esset Petri Martini filia, tunc pariter naturales cum legitimis in bonis matris succedent.

Der hervorgehobene völlig nichtssagende Zwischensatz, desgleichen sich in dem ganzen Rechtsbuche kein zweiter findet, kann schon von vornherein nicht als ein ursprüngliches Stück des Textes betrachtet werden; er fehlt aber nach Savigny II. S. 327 not. 20 d in der Turiner Handschrift des Petrus und erweist sich damit auch nach äusseren Gründen als eine ursprüngliche in den Text gerathene Glosse. Diese Glosse kann ferner, eben weil sie so nichtssagend ist, wiederum nur aus Veranlassung einer mündlichen Bemerkung bei dem Unterrichte von einem Scholaren hinzugeschrieben sein. Endlich wird man aber in den darin genannten Petrus und Martinus bei einem Blicke auf den Liber Papiensis sofort die ganz stereotypen schematischen Personen der alten Formeln desselben („Petre, te appellat Martinus" etc.) sowie auch der in der Expositio zum Liber Papiensis vorkommenden Formeln erkennen. Und wenn wir also hier bei einem an das Tübinger Rechtsbuch anknüpfenden Lehrvortrage diese schematischen Personen ohne weiteres als Typus gewöhnlicher Leute und im Gegensatze zu den Vornehmen verwendet sehen: so glaube ich, sind wir berechtigt, nicht allein auf nahe Beziehungen zu Pavia zu schliessen, sondern sogar geradezu darauf, dass unser Rechtsbuch in dieser Stadt als Lehrbuch bei dem Rechtsunterrichte benutzt worden ist.

Kurz mich dünkt, und damit dürften sich auch alle sonstigen Schwierigkeiten lösen, dass wir in dem Tübinger Rechtsbuche in der Gestalt, worin es uns vorliegt, das Werk eines Provençalen zu erblicken haben, welcher in Pavia für Scholaren aus seiner Heimat juristische Vorlesungen hielt.

Dieser Gedanke mag seinem ersten Eindrucke nach etwas befremdliches haben; aber doch wohl auch nur dem ersten Eindrucke nach. Bei näherer Erwägung wird man



ihn, wie ich hoffe, als einen gar nicht besonders fernliegenden und unwahrscheinlichen erkennen. Denn, wenn Provençalen dauernd in grösserer Anzahl nach Pavia kamen, um dort zu studiren und insbesondere gerade das Recht zu erlernen, so war es doch sehr natürlich, dass irgend ein Landsmann dort als Rechtslehrer für sie auftrat, zumal da das Bedürfniss dieser in Italien studirenden südfranzösischen Scholaren ein wesentlich anderes war, als dasjenige der in Italien einheimischen. Während die letzteren, mochten sie nun Vorlesungen über langobardisches oder über römisches Recht hören, ein unmittelbar praktisches Recht erlernen wollten und sollten, konnte es sich für jene, da in ihrer Heimat weder das langobardische noch das Justinianisch-römische Recht praktisch galt, vornehmlich bloss um eine gründlichere juristische Schulung und Ausbildung handeln, als sie ihnen in der Heimat zugänglich war. Natürlich konnten sie diese nicht am langobardischen, sondern bloss am römischen Rechte erlangen, und auch das letztere war für sie in anderer und freierer Weise zu behandeln als für die Italiener, zumal da man in Frankreich überhaupt zum römischen Rechte eine viel freiere Stellung nahm als in Italien [1]). Da nun vollends die langobardischen Juristen zu Pavia, soviel wir wissen, bloss das langobardische Recht lehrten, so müsste es geradezu Wunder nehmen, wenn nicht ein in Italien gebildeter provençalischer Jurist für seine in Pavia studirenden Landsleute Vorlesungen über das römische Recht eröffnet hätte.

Es fragt sich also zunächst nur, ob denn wirklich Pavia des Studiums und namentlich auch des juristischen Studiums halber von Frankreich und insbesondere von Südfrankreich aus besucht wurde. Diese Frage lässt sich aber mit Bestimmtheit bejahen. Denn erstens zeigt der im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 135 Anm. 3 von mir näher besprochene Brief, welchen im Sommer 1065 ein Mönch aus Marseille von Pavia an seinen Abt schickte, dass damals viele französische und vornehmlich provençalische Scholaren

[1]) Vgl. meine Schrift über die Heimat und das Alter des Brachylogus S. 41 Anm. 90. S. auch oben S. 23.

nach Italien kamen, um gerade die „leges“ zu studiren, was der Schreiber natürlich zunächst in Pavia selbst beobachtete. Zweitens aber erweist sich diese Stadt noch am Ende des ersten Viertels des 12. Jahrh. als ein von Frankreich und sogar von Nordfrankreich her der Studien, und gerade auch wieder der Erlernung des Rechtes wegen besuchter Ort aus der Gemma, d. h. der Anleitung zur Ars dictandi, des Henricus francigena[1]). Denn einer der in diesen Briefstellern, ohne Zweifel wegen ihrer besonders häufigen Anwendbarkeit, nie fehlenden Musterbriefe des Scholaren an den Vater oder Oheim um Geld lautet hier folgendermassen:

Dulcissimo suo patruo P. C. eius unicus salutem et obsequium.

Uestre paternitati, patruelium piissime, innotescat me exulem Papie studio legum — *uel* dialetice — alacrem et sanum nocte dieque aderere et incessanter utilitati mee pro posse ingenii uaccare, nisi quod uestimentorum nuditas, nummorum paucitas, nimie paupertatis sarcina me studiumque meum ultra modum aggrauat. Reuerti namque propter aliquod superueniens

---

[1]) Dieses mir, wie schon erwähnt, durch die Güte des Herrn Geh. Hofrathes Rockinger näher bekannte Lehrbuch der Ars dictandi ist, wie der Verfasser selbst in der Vorrede erklärt, „ad utilitatem desiderantium dictare“ zu Pavia verfasst, auf welchen Ort auch viele der Musterstücke hinweisen. Henricus, obwohl von Herkunft Franzose (und zwar als francigena, wie ich von kundiger Seite belehrt worden bin, nicht Provençale, sondern Nordfranzose aus der eigentlichen Francia — Isle de France), lebte in Pavia offenbar als Lehrer der Ars dictandi. Sein Werk ist, da Papst Calixtus II. (erwählt 2. Febr. 1119, † 13—14. Dez. 1124) und Kaiser Heinrich V. (Kaiser seit 9. April 1111, † 23. Mai 1125) einander darin Briefe schreiben, ein anderer Papst oder Kaiser aber nicht darin genannt wird, frühestens 1119, spätestens 1124 verfasst, etwa gleichzeitig mit den Rationes dictandi prosaice des Hugo von Bologna, welche Rockinger in den Quellen zur bayerischen und deutschen Geschichte Bd. IX. Abth. 1 S. 53 ff. herausgegeben hat. Beide Lehrbücher haben eine grosse Aehnlichkeit mit einander und sind sichtlich mit Benutzung derselben Quellen verfasst. Um so bemerkenswerther und beweiskräftiger ist die zu erwähnende, für die juristische Literärgeschichte höchst wichtige Verschiedenheit, welche ein überraschendes Licht auf die Geschichte der Bologneser Rechtsschule wirft.

mihi — quod Deus aduertat (*leg.* auertat) — infortunium, salua uestra loquor gratia, non ante disposui, quam omnibus meis (tam *ins.*) parentibus quam amicis ingens offeram gaudium. Magis enim cupio exilis in alienis partibus et desolatus haberi, ut pueriliter loquar: mori, quam ad innumeras et mordentes derisiones sine scientia literarum, gratia cuius huc ueni, repatriare. Uos uero, patruelis dulcis, ex cuius arbitrio post Dominum et Sanctos eius tota mea salus et refrigerium pendet, saltem amore Dei necessaria mihi nepoti uestro et seruo subdito subpeditare non (non *del.*) deferatis. Alienum panem hostiatim (= ostiatim), ut supra dixi, prius queram, quam domum ut stultus redeam, quod uobis uestro(que *ins.*) generi contumeliam fore nemo qui mentem constat (habere *ins.*) dubitat.

Dass dieser bewegliche Brief, welcher natürlich sofort die erwünschte gewährende Antwort zur Folge hat, auf Ausländer berechnet ist, welche in Pavia die Leges (sie sind an erster Stelle genannt!) oder die Dialektik studiren, sagt er unzweideutig genug selbst, und dass dabei vorzugsweise an engere oder weitere Landsleute des Henricus gedacht ist, steht nicht bloss zu vermuthen, sondern erhellt auch aus einer anderen Stelle der Gemma, wonach auf die Frage: „Ciuis uel cuius gentis?“ zu antworten ist: „Romanus sum uel francigena“. Dass aber damals viele Franzosen in Pavia studirten, geht, dünkt mich, vor allem auch schon daraus hervor, dass wir eben einen Franzosen dort als Lehrer finden [1]).

[1]) Höchst interessant ist es, mit diesem Musterbriefe der Gemma die verwandten Stücke in den in der vorigen Anm. genannten Rationes dictandi des Hugo Bononiensis zu vergleichen. S. Rockinger a. a. O. S. 63, 68—70, 71, 72, 81—84. Hier ist nirgends auch nur mit einem Worte vom Studium der leges, sondern überall nur von demjenigen der artes liberales, namentlich der ars dictandi und der Philosophie, die Rede. Insbesondere lautet der dem mitgetheilten nächstentsprechende und nach demselben Muster gearbeitete Brief des Scholaren an den Vater (S. 81) hier so:

Innotescat uestre paternitatis auribus, me diuina misericordia Bononię sanum alacremque instare ac diuinę humanęque

Wenn uns nun aber um 1120 ein Franzose als Lehrer namentlich für französische Scholaren zu Pavia begegnet, warum sollten wir da nicht unbedenklich auch sechzig Jahre früher zu einer Zeit, für welche doch ein zahlreicher Besuch dieser Stadt von Südfrankreich her des Rechtsstudiums halber bezeugt ist, einen dort für seine Landsleute das römische Recht lehrenden Provençalen annehmen dürfen? vorausgesetzt natürlich, dass eine solche Hypothese zur Erklärung sonst unerklärlicher oder schwer erklärlicher geschichtlicher Erscheinungen geeignet ist. Und dieses soll nunmehr nachgewiesen werden.

Vor allen Dingen erklären sich jetzt eben die mancherlei sichtlichen Beziehungen des Tübinger Rechtsbuches zu Pavia, insbesondere die Anzeichen dort in Anlehnung an dasselbe gehaltener Lehrvorträge. Ferner erklären sich die mancherlei Beimischungen provençalischer Ausdrücke und sonstiger auf Frankreich deutender Elemente, und zwar ganz ebenso leicht und einfach wie bei der Annahme der Abfassung in Südfrankreich selbst. Ja noch besser; denn die Bemerkung in

---

phylosophię studio incessanter uacare. quem nummorum paucitas, uestimentorum nuditas et omnimodę paupertatis sarcina iugiter aggrauat. quod siquidem uobis uestręque stirpis cognatis amicis et notis contumeliam (fore *ins.*?) nemo dubitat.

Ein solches gänzliches Nichtberühren gerade des Rechtsstudiums in einem zu Bologna verfassten und zunächst für dortige Scholaren bestimmten Briefsteller wäre doch, namentlich im Hinblicke auf die besondere Hervorhebung dieses Studiums in der gleichzeitigen Gemma des Henricus, gar nicht denkbar, gesetzt dass damals schon Bologna als Rechtsschule auch nur annähernd den Ruf gehabt hätte, wie in späteren Zeiten. Wir müssen also schliessen, dass Bologna noch gegen Ende des ersten Viertels des 12. Jahrh. von auswärts weit mehr der artes liberales, namentlich auch der ars dictandi, als der Rechtsstudien halber besucht wurde. Vgl. die bei Savigny III. § 158 II. (S. 427) abgedruckte Stelle des Odofredus: — „primo coepit studium esse in civitate ista in artibus". Hieraus dürfte sich nun auch erklären, dass wir über die Ursprünge der Bologneser Rechtsschule und über die Person des Irnerius so ungemein wenig wissen. Ohne Zweifel gelangte dieser erst nach seinem Tode zu dem verdienten hohen Ruhm, als die von ihm begründete neue Methode der Rechtswissenschaft Bologna als Rechtsschule einen Weltruf verschafft und alle anderen Rechtsschulen in den Schatten gestellt hatte.

Tub. 83 (= Petr. II, 1): „possessionem meam, quam in Galliae partibus appellamus honorem“ ist in dieser Fassung kaum begreiflich, wenn der Urheber sie schriftlich oder bei dem Lehrvortrage mündlich in Frankreich selbst oder gar, wie man bei jener Annahme voraussetzen müsste, gerade in dem Gebiete dieses Sprachgebrauches machte. Es erklärt sich aber auch der bei letzterer Annahme völlig unerklärliche Mangel jeder, selbst nur der geringsten Berücksichtigung des Breviars auf der einen und die Benutzung auch des langobardischen Rechtes neben dem römischen auf der anderen Seite. Es erklärt sich überhaupt die ganze eigenthümliche und freie Haltung des Rechtsbuches, als welches nach der ausdrücklichen Erklärung im Prolog nicht sowohl ein bestimmtes positives Recht als vielmehr das Recht, wie es nach den Anforderungen der aequitas sein sollte, zur Darstellung bringen will.

Ueberdies, und das scheint mir doch ganz besonders wichtig, verschwindet nun auch die mit Recht von Ficker S. 49 betonte Schwierigkeit, welche sich bei der Voraussetzung der Abfassung des Tübinger Rechtsbuches in Südfrankreich selbst ergibt, dass man sich nämlich danach zu der misslichen Annahme genöthigt sieht, ein aus Italien stammendes Lehrbuch sei in Südfrankreich überarbeitet worden, von dort aber, und zwar in der überarbeiteten Gestalt, wieder nach Italien zurückgekehrt, einer Annahme, welche um so misslicher ist, als ja doch von den vier bekannten Handschriften des Petrus drei, nämlich die beiden in Paris befindlichen und die Turiner Handschrift, nach Savigny II. S. 141 not. d. und S. 321 not. 5 im Prolog nicht, wie die Prager Handschrift und die Strassburger Ausgabe, „Valentinae“ sondern „Florentinae“ haben, was doch sehr bestimmt auf Herkunft aus Italien hindeutet. Geht man davon aus, dass das Rechtsbuch in Pavia verfasst und dort bei dem Rechtsunterrichte benutzt wurde, einem Unterrichte, woran sich, wenn er von einem geschickten Lehrer ertheilt ward, gewiss nicht allein Provençalen betheiligten, sondern auch viele italienische Scholaren, welche zur Erlernung des langobardischen Rechtes nach Pavia gekommen waren: so erklärt sich nichts leichter, als dass es einerseits in Italien sich weiter verbreitete und

namentlich in Gebieten des langobardischen Rechtes, in denen man an der Beimengung solchen Rechtes keinen Anstoss nehmen konnte, auch in anderen Städten, wie z. B. in Florenz, als Lehrbuch gebraucht wurde, andererseits aber auch die Alpen überschritt und in Frankreich in Aufnahme kam. Dass dann später einmal, wie es bei der Turiner Handschrift des Petrus der Fall gewesen zu sein scheint, wieder ein einzelnes Exemplar von Frankreich nach Italien wanderte, oder umgekehrt, kann natürlich kein Bedenken mehr erregen.

Gegen alle diese, namentlich in ihrem einander wechselseitig unterstützenden Zusammentreffen, wie mir scheint, sehr beweiskräftigen Erwägungen kann man, soviel ich sehe, nur einen einzigen einigermassen scheinbaren Einwand vorbringen, nämlich die Erwähnung der cismontani (!) busnardi, welche dem alten Herkommen gemäss, aber der L. 14 C. de contr. empt. 4, 38 zuwider am Retracte der Verwandten und Miteigenthümer bei Grundstücken festhalten wollen, in Tub. 73 (= Petr. I, 19). Nun wäre freilich diesem Einwande leicht zu begegnen mit dem Hinweis darauf, dass nach II. Feud. 3 § 1 der Retract auch in der Lombardei galt, wofür Ficker S. 48 noch eine Bestätigung aus den Consuetudines Mediolanenses beibringt, wenn nicht das Wort „busnardi" in Betracht käme. Wie schon im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 134 Anm. 1 bemerkt, ist es von allen in dem Rechtsbuche vorkommenden romanischen Ausdrücken der einzige ausschliesslich nordfranzösische; es kann also schlechterdings nur als eine Hinweisung auf Nordfrankreich verstanden werden, und da scheint denn das „cismontani" allerdings sehr bestimmt auf Abfassung in Frankreich selbst zu deuten. Allein bei genauerer Betrachtung ergibt sich vielmehr gerade hier noch ein sehr starker Anhalt für meine Hypothese. Die Vaticanische Handschrift des Tübinger Rechtsbuches, in welcher uns, wie wiederholt erwähnt, aller Vermuthung nach die ursprüngliche Form desselben erhalten ist, hat nämlich nach Niebuhr in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. Bd. 3 S. 418 hier „transmontani busnardi", und das weist denn mit nicht geringerer Bestimmtheit auf

Abfassung eben in Italien hin. Und wenn ferner, wie schon Savigny II. S. 142 not. h bemerkt, das „cismontani“ oder „transmontani“ auf die Nachbarschaft der Alpen deutet, so führt das ganz ungesucht wieder nach Pavia, begründet also in Verbindung mit den genannten übrigen Gründen eine Wahrscheinlichkeit, welche, wie mich dünkt, mindestens nicht geringer ist als diejenige, welche für Ravenna als die eigentliche Urheimat des Rechtsbuches spricht. Die spätere Verwandlung der transmontani in cismontani busnardi bei dem Gebrauche des Buches in Frankreich bedarf natürlich nicht erst einer Erklärung; sie war ja ganz unerlässlich, wenn nicht die Bemerkung als an eine ganz falsche Adresse gerichtet erscheinen sollte.

Schliesslich werden auch die doppelten Beziehungen des Werkes einerseits zu Ravenna, andererseits zu Pavia jetzt leicht verständlich. Ein Provençale, welcher in der letztgenannten Stadt kurz nach 1060 für seine Landsleute in der gebotenen freieren Weise das römische Recht lehren wollte, konnte nicht füglich die Justinianischen Institutionen zu Grunde legen, welche ja nicht einmal die neueste Gestaltung des römischen Rechtes, viel weniger noch die nicht zu übergehenden wichtigen Aenderungen durch das canonische Recht gezeigt hätten; er musste sich vielmehr an ein Lehrbuch des „heutigen römischen Rechtes“ seiner Zeit halten, und dieses konnte er kaum an einer Schule des langobardischen Rechtes wie Pavia selbst, sondern nur an einer Schule des römischen Rechtes wie Ravenna finden, wo er wahrscheinlich selbst seine juristische Bildung hauptsächlich erworben hatte. Er wählte natürlich ein Werk, welches damals in grossem Ansehen stand, und das waren die Exceptiones Legum Romanorum (des Petrus scholasticissimus?), deren Ansehen daraus erhellt, dass sie — und zwar, wie oben (S. 43 fg.) gezeigt, wahrscheinlich dieses ursprüngliche Werk und nicht das Tübinger Rechtsbuch selbst — im Jahre 1068 bei einem Gesetzeswerk in Barcelona benutzt wurden. Abgesehen von kleinen, für seine Zwecke erforderlichen Ueberarbeitungen und einigen Erweiterungen, zum Theil durch Aufnahme von einzelnen Sätzen des langobardischen Rechtes, zum Theil durch Zu-

fügung einiger Capitel aus anderen Schriften, liess er das Buch im wesentlichen unverändert, so dass es auch in der Ueberarbeitung im ganzen noch als das ursprüngliche erschien und seinen ursprünglichen Titel als Exceptiones Legum Romanorum (des Petrus disertissimus) beibehielt. Und ebenso war das aus gleichem Grunde der Fall nach der neuen, weit erheblicheren Ueberarbeitung und Erweiterung, welche das Buch in dem jetzt meist allein sog. Petrus aufweist, einer Ueberarbeitung, welche übrigens, wie ich vermuthe, ebenfalls in Italien geschah.

Ich will jedoch auf diese Frage hier nicht näher eingehen, zumal da die Anzeige der Ficker'schen Schrift bereits viel umfangreicher geworden ist, als Anfangs beabsichtigt war. Ohnehin bewegen wir uns hier ja überall auf schwankendem Boden, so lange nicht sämmtliche Handschriften der einschlagenden Rechtsbücher genau untersucht und die Ergebnisse durch sorgfältige Ausgaben allgemein zugänglich geworden sind. Ich breche daher mit diesem Theil meiner Besprechung ab und wende mich zu einer dritten Gruppe von Schriften, über welche ich, um nicht allzulang zu werden, nur kurz berichten will.

III.

1. Il diritto romano nelle leggi normanne e sveve del regno di Sicilia. Studio del Dott. Francesco Brandileone con introduzione di Bartolommeo Capasso. Torino (Frat. Bocca) 1884.
2. Del dritto romano giustinianeo nelle province meridionali d'Italia prima delle Assise normanne. Note di Raffaele Perla. Napoli 1885. (Dall' Archivio storico napoletano an. X.)
3. Il diritto romano nella bassa Italia e la scuola giuridica di Bologna. Nota del S.C.C. Zachariae von Lingenthal, tradotta dal S.C. prof. Contardo Ferrini e letta al R. Istituto Lombardo nell' adunanza del 26 nov. 1885. (Estratto dai Rendiconti del R. Ist. Lomb. Serie II, Vol. XVIII, fasc. XVIII.)

4. F. Brandileone: Il Diritto greco-romano nell' Italia meridionale sotto la dominazione normanna. Archivio giuridico Vol. XXXVI. p. 62 segg., 238 segg. (1886).

Alle diese Schriften beziehen sich, wie schon die Titel zeigen, zunächst auf Unteritalien.

Die ältere Arbeit von Brandileone, welcher p. 89 segg. neue Ausgaben der normannischen Assisen Roger's II. von 1140 sowohl nach der Vaticanischen als nach der Cassinenser Handschrift angehängt sind, geht von der interessanten Erscheinung aus, dass schon diese Gesetze sehr starke Einflüsse der Justinianischen Gesetzgebung (des Codex und der Digesten) zeigen, welche sich in den Constitutiones regni Siciliae Kaiser Friedrich's II. noch bedeutend steigern. Sie sucht den Umfang dieser Einflüsse darzulegen, zugleich aber die Thatsache ihres Vorhandenseins geschichtlich zu erklären. Nimmt man sogleich die neueste Arbeit Brandileone's hinzu, so ist seine Vorstellung des geschichtlichen Ganges der Rechtsentwickelung in Unteritalien wesentlich die folgende:

In denjenigen Gebieten Unteritaliens, in welchen die byzantinischen Kaiser ihre Herrschaft gegenüber den Langobarden behaupteten, — ausser Sicilien und Sardinien im wesentlichen die Herzogthümer Neapel, Amalfi und Gaëta, sowie ein Theil von Calabrien und Apulien — war, solange die Zugehörigkeit zum oströmischen Reiche dauerte, die Rechtsentwickelung ganz die nämliche wie in den übrigen Theilen des letzteren. Wie diese Gebiete, unter der Herrschaft Rom's vollständig latinisirt, im Mittelalter (8—11. Jahrh.) durch den Einfluss der byzantinischen Herrschaft in Sprache und Sitte zu einem Theil wieder griechisch wurden, so wurde in ihnen auch das Justinianisch-römische Recht allmählich durch das nachjustinianisch-byzantinische verdrängt. Nicht minder standen sie unter der Einwirkung der byzantinischen Rechtswissenschaft, wie zahlreiche früher in Unteritalien befindliche Handschriften byzantinischer Rechtsquellen und Rechtsbücher beweisen.

Im übrigen Unteritalien, dem Herzogthum Benevent, wozu namentlich auch die Fürstenthümer Salerno und Capua gehörten, herrschte das langobardische Recht. Das Justi-

nianisch-römische, dessen schriftliche Quellen in Vergessenheit geriethen, und welches nur noch in Gestalt eines seines Ursprunges nicht mehr bewussten Gewohnheitsrechtes ein kümmerliches Dasein fristete, musste hier dem langobardischen so gut wie gänzlich weichen. Wenn in zahlreichen Urkunden von der lex oder consuetudo romana die Rede ist, so handelt es sich dabei zumeist entweder um Gebiete, welche mehr oder weniger lang und unmittelbar dem byzantinischen Reiche unterworfen gewesen waren, oder um Personen aus solchen Gebieten; und jene Ausdrücke sind daher nicht vom Justinianischen, sondern vom byzantinischen Rechte zu verstehen.

Die Kenntniss des Justinianischen Rechtes und seiner Quellen musste sich in dem langobardischen Unteritalien schon deshalb verlieren, weil hier von irgend einer wissenschaftlichen Behandlung des Rechtes, wie sie in den byzantinischen Gebieten zu verfolgen ist, und wie sie in Ober- und Mittelitalien schon vor dem 12. Jahrh. bestand, vor der Mitte des 12. Jahrh. nicht die Rede sein kann. Sonach lässt sich denn auch der sichtliche Einfluss des Justinianischen Rechtes auf die normannischen Assisen nicht aus fortdauernder Geltung dieses Rechtes in Unteritalien während des früheren Mittelalters, sondern bloss aus einem Eindringen von Oberitalien aus erklären; und da ist es denn ein Ereigniss, welches vorzugsweise als entscheidend angesehen werden muss. Nämlich die Vermählung Roger's I. mit Adelheid, der Nichte des Markgrafen Bonifacius von Tuscien, des Vaters der grossen Markgräfin Mathilde, im Jahr 1089. Bei den bekannten Beziehungen der letzteren zu Irnerius ist anzunehmen, dass mit jener ihrer Verwandten des römischen Rechtes gelehrte Personen (iudices, causidici) nach Sicilien kamen, welche dort die Rückkehr zum römischen Rechte empfahlen und vermittelten. Diese Annahme unterliegt um so minder einem Bedenken, als ohnehin feststeht, dass im letzten Viertel des 11. und im ersten des 12. Jahrh. eine starke Einwanderung aus Oberitalien nach Sicilien und Apulien stattgefunden hat.

Diesen Ansichten Brandileone's ist zuvörderst Zachariä von Lingenthal insofern entgegengetreten, als er geneigt

ist anzunehmen, Irnerius möge den Anstoss zur Bearbeitung des römischen Rechtes eher von Unteritalien her erhalten haben als umgekehrt. Zu Gunsten dieser Vermuthung sprächen nicht allein die zahlreichen Beweise häufiger Benutzung griechisch-römischer Rechtsquellen in Unteritalien während des 11. und 12. Jahrh., sondern auch der Umstand, dass die Venetianer Handschrift der Novellen aus Calabrien, nämlich aus dem Kloster S. Maria de lo Patire bei Rossano, stamme — einem Kloster, welches Zachariä überhaupt als einen ehemaligen Hauptsitz juristischer Literatur betrachtet —, endlich doch auch die Ueberlieferung, dass die Florentiner Pandektenhandschrift bis 1135 sich in Amalfi befunden habe. Und einen unmittelbaren oder mittelbaren Einfluss der Rechtsentwickelung im byzantinischen Reiche auf den Gang derselben in Italien anzunehmen, dazu werde man durch die Beobachtung geführt, dass dort wie hier auf eine Gesetzgebung von mittelalterlichem Charakter die Wiederherstellung des Justinianischen Rechtes gefolgt sei. Endlich gelange man doch Angesichts der Neugründung der Rechtsschule zu Constantinopel im Jahr 1045, wie sie aus der unlängst von Lagarde veröffentlichten Novelle des Kaisers Constantinus Monomachus erhelle, von selbst zu der Frage, ob nicht damit die Entstehung der Bologneser Schule gegen Ende des 11. Jahrh. in irgend einem Zusammenhange stehen möchte. Bedenke man die — oben erwähnte — Vermählung Roger's I. mit einer nahen Verwandten der Markgräfin Mathilde, so habe ja Irnerius leicht in Beziehung zu dem Normannenkönig und seinen Juristen kommen, von dort her also in der That zum Studium des römischen Rechtes den Antrieb erhalten können.

Man sieht, der geschichtliche Angelpunkt der Ansicht Brandileone's wie der gerade entgegengesetzten von Zachariä ist die genannte Vermählung. Nun weist aber freilich Perla (S. 46 ff.) im Anschlusse an Amari und in einer, wie mir scheint, völlig unanfechtbaren Weise nach, dass Adelheid oder Adelasia, die Gemahlin Roger's I., die Nichte nicht des Markgrafen Bonifacius von Tuscien sondern des Markgrafen Bonifacius von der Aleramischen Mark und die Tochter Manfred's, des Bruders des letzteren, war; und damit wird

denn jenen beiden Ansichten die vornehmlichste Grundlage entzogen. Perla sucht aber ferner auszuführen, dass es zur Erklärung des Auftretens Justinianisch-römischen Rechtes in den Assisen Roger's II. der Hypothese Brandileone's gar nicht bedürfe.

Denn in Sicilien zunächst habe das byzantinische Recht aus mancherlei Gründen gewiss nur einen sehr geringen Einfluss gewinnen können, dort also, da das langobardische Recht für Sicilien nicht in Frage komme, wesentlich nur das Justinianisch-römische Recht durch das ganze frühere Mittelalter hindurch bis zur Errichtung des normannischen Reiches gegolten (wogegen freilich Brandileone in seiner neueren Arbeit S. 80 fg. behauptet: gerade in Sicilien könne an der Einführung und späteren ausschliesslichen Geltung der byzantinischen Gesetzgebung gar kein berechtigter Zweifel sein). Auf dem Festlande Unteritaliens habe allerdings das langobardische Recht vorgewogen. Dies schliesse aber keineswegs jede Geltung des römischen Rechtes aus. Ferner sei zwar zuzugeben, dass in den dem byzantinischen Reiche unmittelbar unterworfenen Gebieten und Städten das Justinianische Recht kein anderes Schicksal gehabt habe als im oströmischen Reiche, und dass man sich hier als geschriebener Quellen des römischen Rechtes im allgemeinen nicht sowohl der Justinianischen als vielmehr der späteren byzantinischen Rechtsbücher bedient habe; seien doch in Tarent die Basiliken gefunden worden. Allein daneben habe es nicht an Gebieten gefehlt, welche den byzantinischen Einflüssen gänzlich entzogen gewesen seien. Wenn hier vom „römischen“ Rechte oder Gesetze die Rede sei, so könne man das nicht auf das byzantinische sondern bloss auf das Justinianische Recht beziehen. Möge dieses immerhin im ganzen die Natur eines blossen, seiner geschriebenen Quellen nicht mehr bewussten Gewohnheitsrechtes angenommen haben, so beweise das noch nicht, dass jede Erinnerung an dieselben gänzlich erloschen, gar kein Exemplar in Unteritalien mehr zu finden gewesen sei. Im Gegentheil erhelle aus mancherlei Zeugnissen, dass sich inmitten der allgemeinen Unwissenheit an verschiedenen Punkten die geschriebenen Quellen erhalten hätten, und dass man sich

auf sie bei der praktischen Anwendung des Rechtes mitunter berufen habe. Hierher gehöre vor allem der bekannte Bericht des Paulus Diaconus über die Justinianische Gesetzgebung (Savigny II. S. 239), welcher fast nur aus eigener Anschauung geschöpft sein könne. Ferner werde in den 911 und 933 mit den Beneventer Fürsten errichteten Capitularien des Herzogs Gregor und des Consuls Johannes von Neapel mehrmals der lex langobarda die „lex romanorum" entgegengesetzt. Ebenso sei in einer Urkunde aus Capua von 954 (Sav. II. S. 227) von der lex romanorum, in einer Urkunde aus Salerno von 997 und einer aus Amalfi von 998 von „lex et consuetudo romanorum" die Rede. (Zahlreiche weitere Urkunden solcher Art aus der Zeit von 990—1043 sind in der neueren Schrift Brandileone's aus dem Codex diplomaticus Cavensis zusammengestellt. Ferner kommen in Betracht die von Capasso in der Einleitung zu Brandileone's älterer Schrift S. XIII fg. erwähnten Urkunden aus dem Ende des 11. Jahrh.) In einem Processe zwischen der Abtei zu Monte Cassino und den Herzögen von Gaëta und den Grafen von Traetto hätten im Jahr 1017 nach dem Berichte des Leo Ostiensis die Richter „tam ex romanis legibus quam et longobardis" geurtheilt.

Nun zeige sich überdies im 11. Jahrh. in Unteritalien ein vergleichsweise recht hoher Stand der Bildung. Ganz abgesehen von der alten Cultur zu Benevent, wo Kaiser Ludwig II. um die Mitte des 9. Jahrh. zweiunddreissig Philosophen angetroffen, sei es sicher, dass im 11. Jahrh. Salerno, und zwar nicht allein für die Medicin sondern auch für die sonstigen Zweige der Studien, sodann Aversa, ganz besonders aber das Kloster zu Monte-Cassino sehr berühmte und einflussreiche Pflanzstätten der Wissenschaft gewesen. Und dass dabei auch das Justinianisch-römische Recht eine Berücksichtigung gefunden, gehe aus der Thatsache hervor, dass der Abt Desiderius zu Monte-Cassino dort unter anderen die Justinianischen Institutionen und Julian's Novellenauszug habe abschreiben lassen[1]. Um dieselbe Zeit werde aber

---

[1]) Vgl. auch Savigny II. S. 240. Ich will bei dieser Gelegenheit erwähnen, dass die Bemerkung in einem Kataloge der Bibliothek zu

dieses Recht auch praktisch angewendet mit ausdrücklicher Berufung auf eine Institutionenstelle in einer Urkunde des Archives der Abtei zu Cava vom J. 1089, welche — bisher nicht veröffentlicht — Perla auf S. 31 ff. abdrucken lässt, und auf welche ich noch zurückkomme.

Als ein Zeugniss der Kenntniss des römischen Rechtes aus der Zeit vor dieser Urkunde seien wohl auch mehrere Oden des Erzbischofs Alphanus I. von Salerno, insbesondere diejenige an den dortigen Causidicus Romuald, zu betrachten [1]).

Am Anfange des 12. Jahrh. endlich begegne man der vollsten Anwendung des Justinianisch-römischen Rechtes in dem merkwürdigen Placitum aus Teramo vom Jahre 1108 (Savigny II. S. 231). Und ein weiterer Beweis der Geltung des römischen Rechtes aus derselben Zeit sei das von Capasso in der Einleitung zu Brandileone's älterer Schrift (p. XVIII not. 1) erwähnte Privileg, welches der Fürst von Capua, Jordanus II., im J. 1117 den Leuten zu S. Pietro di Scafati, Hintersassen des Klosters zu S. Angelo in Formis, unter anderen dahin ertheilte: „medietatem romane legis in iudicio“ zu haben [2]).

So sei die Berücksichtigung des Justinianischen Rechtes in den normannischen Assisen aus dem damaligen Rechtszustande Unteritaliens für sich allein und ohne die Zuhülfe-

---

Bobbio aus dem 10. Jahrh.: „librum pandectarum I in quo est expositio cuiusdam in Matheum“ nicht auf Justinian's Pandekten sondern, wie schon der Zusatz beweist, nur auf die Bibel bezogen werden kann. Vgl. Du Cange s. v. Pandecta und z. B. Katalog der Bibliothek zu Toul aus der Zeit vor 1084 nr. 1 (Becker, Catalogi Bibliothecarum antiqui p. 149). Dagegen deuten auf Beachtung auch des weltlichen, und zwar des römischen sowohl wie des langobardischen Rechtes folgende Vermerke in dem nämlichen Katalog von Bobbio: „De institutis antiquorum regum I et Iustiniani II — — libros legis Langobardorum duos“. S. Becker, Catalogi bibliothecarum antiqui p. 67 sq. nr. 245—247; 326, 327.

[1]) Vgl. den vorigen Band dieser Zeitschrift S. 117 Anm. Nr. 5. — [2]) Mit diesem Ausdrucke ist wohl einfach das Recht der Bürgschaftsleistung im Processe nach Massgabe des römischen Rechtes gemeint; denn „mediator“ kommt in den mittelalterlichen Urkunden sehr häufig im Sinn von „fideiussor“ vor. Vgl. Du Cange s. vv. 3. Mediator et Medietates. Perla nimmt „medietas“ im Sinn von „garentia“ d. h. Schutz.

nahme einer neuen Einwanderung aus Oberitalien vollkommen erklärlich. Auch zeige der Prolog der Assisen, dass Roger nicht ein neues Recht habe einführen, sondern nur das schon bestehende besser und milder habe gestalten wollen[1]).

Ich bin nun meinerseits nicht in der Lage, über den Umfang der Geltung des byzantinischen Rechtes in Unteritalien und sein praktisches Verhältniss zum Justinianischen bestimmter zu urtheilen. Indessen habe ich den Eindruck, als sei die Bedeutung des byzantinischen Rechtes von Perla zu gering, von Brandileone dagegen umgekehrt zu hoch angeschlagen. In die langobardischen Gebiete Unteritaliens wurde ja dieses Recht niemals eingeführt, und es ist daher nicht abzusehen, wie es dort das Justinianische Recht, nach welchem doch auch in diesen Gebieten viele Personen lebten, und welches namentlich hier, wie überall im nichtbyzantinischen Abendlande, das massgebende Recht der Kirche und der Geistlichen war, gänzlich hätte verdrängen können. Schon die letzteren mussten aus Rücksicht auf ihr eigenes Interesse dafür sorgen, dass die Justinianische Gesetzgebung nicht gänzlich verschwand und in Vergessenheit gerieth.

Brandileone's entgegengesetzte Ansicht hängt auf das engste damit zusammen, dass er zufolge der älteren, in jüngster Zeit wieder von Conrat verfochtenen Auffassung selbst in Oberitalien im wesentlichen erst mit der Bologneser Schule eine Neubelebung des Justinianischen Rechtes beginnen lässt und vorher, wenigstens für das nichtbyzantinische Unteritalien, einen gänzlichen Mangel jeder Rechtswissenschaft annimmt. Diese Vorstellung kann ich aber aus den schon im vorigen Bande dieser Zeitschrift entwickelten Gründen nicht für richtig halten, und zwar für Unteritalien so wenig als für Oberitalien.

---

[1]) Beiläufig ergibt sich aus einer Vergleichung des Prologes mit dem prooemium Institutionum auch, dass er im Hinblick auf dieses verfasst ist. Vgl. namentlich „nobis Deus pius prostratis hostibus pacem reddidit" im zweiten Satze und „sanctiones quas in presenti corpore sive promulgatas a nobis sive compositas a nobis facimus exhiberi" am Schlusse des Prologes mit princ. und § 1 des prooem. Inst.

Denn es steht fest, dass nach der Eroberung des grösseren Theils von Italien durch die Langobarden in den byzantinisch verbliebenen Gebieten, insbesondere auch in Neapel, die Studien und der Unterricht fortdauerten (a. a. O. S. 119); und seit der Mitte des 9. Jahrh. lässt sich zu Neapel auch eine mit der Kirche zusammenhängende höhere Schule nachweisen (ebend. S. 121). Ferner waren aber schon zur Zeit Karl's d. Gr. auch Salerno und Benevent, namentlich unter dem fördernden Einflusse des hochgebildeten Herzogs Arrichis († 787) und seiner Gemahlin Adilperga, Sitze der Bildung und des höheren Unterrichtes, und um dieselbe Zeit lehrte Paulus Diaconus die Wissenschaften in Monte-Cassino (ebend. S. 120). Dass um die Mitte des 9. Jahrh. die Pflege und Lehre der Wissenschaft in Benevent nicht erloschen war, zeigen die zweiunddreissig Philosophen, d. h. Lehrer der weltlichen Wissenschaften, welche der Kaiser Ludwig II. dort antraf; und schon am Ende des 10. Jahrh. war Salerno geradezu die berühmteste aller Hochschulen. Ein höchst interessantes Zeugniss regen literarischen und wissenschaftlichen Interesses zu Neapel um die Mitte des 10. Jahrh. hat neuerdings Hartwig beigebracht in seiner wichtigen Abhandlung über die Uebersetzungsliteratur Unteritaliens in der normannisch-staufischen Epoche (Centralblatt für Bibliothekswesen Jahrg. III — 1886 — S. 164 fg.), — einer Abhandlung, welche überhaupt erweist, dass sich in Unteritalien durch das ganze Mittelalter hindurch wissenschaftliche Bestrebungen erhielten.

Wenn nun weiter nach dem gegenwärtigen Stande der Forschung nicht mehr bezweifelt werden kann, dass im früheren Mittelalter an allen höheren Schulen mit der Lehre der liberales artes, zunächst mit der Rhetorik, ein mindestens elementarer Rechtsunterricht verbunden war (ebend. S. 115 ff.), so ergibt sich von selbst der Schluss, dass auch in Unteritalien, und zwar in dem langobardischen Theil desselben ebensowohl wie im byzantinischen, das Recht stets schulmässig gelehrt und mithin wenigstens in einem gewissen Maasse wissenschaftlich betrieben worden sei. Dieser Schluss erhält aber durch mancherlei positive Zeugnisse eine unanfechtbare Bestätigung. Zunächst durch den schon erwähnten

Bericht des Paulus Diaconus über die Justinianische Gesetzgebung, dessen Beweiskraft dadurch nicht verringert wird, dass er nach meiner Meinung nicht sowohl unmittelbar aus dem Corpus iuris selbst, als vielmehr aus einem juristischen Lehrbuch entnommen sein möchte (ebend. S. 124). Sodann und namentlich durch das interessante, auffallenderweise weder von Perla noch von Brandileone erwähnte Epitaphium des Romuald, des 787 im Alter von 25 Jahren verstorbenen Sohnes des genannten Herzogs Arrichis (ebend. S. 119 Anm.):

Grammatica pollens, mundana lege togatus,
Diuina instructus nec minus ille fuit:

ein klarer Beweis nicht nur dafür, dass wirklich das Recht in Verbindung mit den übrigen höheren Bildungswissenschaften gelehrt, sondern namentlich auch dafür, dass Rechtskenntniss, ebenso wie sonstige höhere Bildung, besonders von vornehmen jungen Männern erstrebt und, wo vorhanden, hoch geschätzt wurde.

Dass zu Salerno und Benevent im 9. und 10. Jahrh. die Lehre und wissenschaftliche Behandlung des Rechtes fortgedauert habe, lässt sich zwar zur Zeit nicht bestimmt beweisen, darf aber schon um deswillen unbedenklich angenommen werden, weil nirgends ein Grund zur Annahme des Gegentheils besteht und überdies schon die Beschaffenheit der Justinianischen Gesetzgebung zu wissenschaftlicher Behandlung drängt und zwingt. Auch nimmt ja Brandileone selbst an, dass in den byzantinischen Theilen Unteritaliens, also wohl namentlich in Neapel und Amalfi, eine Rechtswissenschaft bestanden habe. Sollte daneben in dem benachbarten Salerno alle Rechtswissenschaft erstorben sein? Mich dünkt, schon das Beispiel jener Städte liess dies gar nicht zu.

Es kann aber auch aus dem Grunde nicht der Fall gewesen sein, weil im 11. Jahrh. wieder positive Beweise wissenschaftlicher Behandlung des Rechtes und der Beschäftigung mit den Justinianischen Gesetzbüchern in Unteritalien auftreten. So namentlich die von Desiderius veranlasste Abschrift der Justinianischen Institutionen und Novellen zu Monte-Cassino. So besonders aber auch die

von Perla mit Recht betonte Ode des Alphanus an den Salernitaner Causidicus Romuald, welche zum mindesten beweist, dass dieser ein wissenschaftlich gebildeter Mann und Jurist gewesen sein muss: denn einen blossen „Handwerker" hätte ein so hochgebildeter Mann wie Alphanus solcher Ehre sicherlich nicht gewürdigt. Endlich hat sich schon früher (S. 51) gezeigt, dass um die Mitte des 11. Jahrh. eine von Ravenna ausgegangene ketzerische, das canonische Recht sehr einseitig nach dem römischen deutende Ansicht auch in Neapel Beifall fand, was auf Beziehungen der dortigen Juristen zu denjenigen in Ravenna und folglich auf einen wissenschaftlichen Betrieb des Rechtes auch zu Neapel schliessen lässt.

Fasst man das Gewicht aller dieser Thatsachen zusammen, so ist es gewiss stark genug, um vollständig zu erweisen, dass auch für das langobardische Unteritalien von einem gänzlichen Mangel aller Rechtswissenschaft vor dem 12. Jahrh. gar nicht die Rede sein kann. Wurde aber das Recht, wenngleich nur im bescheidensten Maasse, wissenschaftlich und quellenmässig betrieben, so kann auch an der fortdauernden Geltung des Justinianisch-römischen Rechtes kein berechtigter Zweifel bestehen. Sie ergibt sich aber zum Ueberflusse ganz bestimmt aus der schon erwähnten von Perla herausgegebenen Urkunde von 1089.

Es handelt sich hier um einen zu Salerno in Gegenwart des Herzogs Roger, des Sohns von Robert Guiscard, und des Erzbischofs Alphanus II. verhandelten Erbschaftsstreit, veranlasst durch folgende Thatsachen: Im zweiundzwanzigsten Regierungsjahr des Fürsten Gisulf II., d. h. im Jahr 1074 [1]), hatte ein gewisser Cleriker Truppoald in seinem gerichtlich errichteten Testamente seinen Sohn Fewandus zum Erben eingesetzt, für den Fall aber, dass derselbe „ante legitimam aetatem" ohne eheliche Kinder sterben sollte, verordnet, dass dann sein Vermögen an seine Brüder Ademar und Johannes oder ihre Erben kommen solle. Im

[1]) Auf dieses Jahr, und nicht, wie Perla S. 37 not. 1 ebenfalls für möglich hält, auf 1064, führt auch die aus der Urkunde sich ergebende Thatsache, dass Fewandus im Frühjahr 1085 erst das zwanzigste Lebensjahr überschritten hatte.

Jahr 1085 machte Fewandus kurz vor seinem Tode ein Privattestament, worin er sein ganzes Vermögen dem Kloster S. Trinità della Cava zuwendete, jedoch seiner Mutter Gemma den lebenslänglichen Niessbrauch vermachte. Die Söhne jener beiden Brüder des Truppoald nahmen nun aus dem Testamente des letzteren das von ihm an den Fewandus gekommene Vermögen in Anspruch, weil Fewandus „ante legitimam aetatem", d. h. vor dem Alter von 25 Jahren, ohne eheliche Kinder gestorben sei. Von Seite des Klosters dagegen wurde geltend gemacht, die Verfügung des Fewandus zu Gunsten desselben müsse „secundum romanam legem qua ipsum monasterium et supradicti fratres (die Väter der Kläger) vivunt" für gültig erachtet werden, weil Truppoald seinem Sohn jedenfalls nicht die Verfügung über seinen Pflichttheil („de falcidio suo") habe nehmen, und weil er ihm nur bis zum vierzehnten Jahre habe substituiren können, „quoniam in libro institutionum divus Iustinianus ita censuit: Masculo igitur usque ad quatuordecim annum substitui potest, femine usque ad duodecim annum, et si hoc tempus excesserit, substitutio evanescit" (= § 8 Inst. de pupill. subst. 2, 16). Das Gericht entscheidet zu Gunsten des Klosters, weil Fewandus zur Zeit der Errichtung seines Testamentes nicht bloss 14, sondern 20 Jahre überschritten gehabt habe, „et tam secundum eandem legem quam et secundum diuturnam consuetudinem huius civitatis ipse Fewandus absque ullo obstaculo oblationis quam ipse pater eius, ut scriptum est, fecerat, res ipsas testari potuisse".

Wir sehen also hier das Justinianisch-römische Recht in lebendigster Anwendung, und zwar mit ausdrücklichster Berufung auf eine Stelle des Corpus iuris. Zugleich aber, und das ist ganz besonders wichtig, sprechen die Richter aus, dass das, was aus jener Gesetzesstelle folge, auch dem alten Herkommen der Stadt Salerno entspreche. Dies kann doch in diesem Zusammenhange gar nicht anders gedeutet werden, als dass in Salerno das Justinianisch-römische Recht gelte und von jeher so gegolten habe. Sonach müssen denn aber auch sämmtliche ältere Urkunden aus Salerno, worin von der „lex" oder „consuetudo romanorum" die

Rede ist, nicht auf das byzantinische, sondern auf das Justinianisch-römische Recht bezogen werden.

Kurz, und ich stimme darin mit Perla vollkommen überein, es ergibt sich aus einer ganzen Reihe zusammentreffender Gründe, dass die Kenntniss und Anwendung des Justinianischen Rechtes in Unteritalien niemals aufgehört hatte, und dass also seine Berücksichtigung in den normannischen Assisen sowie später in den Gesetzen des Kaisers Friedrich II. durchaus nichts befremdliches haben kann.

Die Sage von der Erbeutung der Florentiner Pandektenhandschrift zu Amalfi im Jahr 1135 habe ich absichtlich ganz bei Seite gelassen, weil sich die Fragen, worum es sich hier handelte, auch ohne Rücksicht auf sie sehr gut entscheiden lassen. Wenn man aber bedenkt, dass diese Sage in Pisa schon gegen Ende des 13. Jahrh. verbreitet war (s. Bd. VI. dieser Zeitschrift, Romanist. Abth. S. 300), und wenn man erwägt, dass sich eine solche Sage doch nicht füglich ohne jeden geschichtlichen Anhalt bilden konnte, so wird man ihr immerhin eine gewisse Beachtung schenken müssen.

Zum Abschlusse dieser Anzeigen berühre ich noch ein Werk, welches aus dem äussersten Süden Europa's zu der nächsten Heimat zurückführt; nämlich:

IV.

Geschichte des Unterrichtswesens in Deutschland von den ältesten Zeiten bis zur Mitte des dreizehnten Jahrhunderts. Von Franz Anton Specht. Stuttgart, J. G. Cotta'sche Buchhandlung. 1885. (Eine von der historischen Kommission bei der Kgl. bayerischen Akademie der Wissenschaften gekrönte Preisschrift.)

Im vorigen Bande dieser Zeitschrift S. 118 Anm. habe ich ein interessantes Zeugniss mitgetheilt, wonach im 10. Jahrh. auch in Deutschland von den Angehörigen der höheren Stände die Rechtskenntniss verlangt und daher für die jungen Männer aus diesen Ständen Rechtsunterricht als nothwendiges Stück der geziemenden Ausbildung angesehen wurde. Specht hellt nun diese bisher dunkeln Verhältnisse noch weiter auf, freilich ohne die Schriften der Juristen

über die mittelalterliche Literärgeschichte ihrer Wissenschaft irgend zu berücksichtigen, welche ihm doch wohl hie und da gute Dienste hätten leisten können.

Er weist zunächst nach, was freilich ohnehin keinem Zweifel unterliegen kann, dass während des früheren Mittelalters die höheren Schulen in Deutschland ganz ebenso eingerichtet waren wie überall sonst im christlichen Abendlande. Ueberall wurde im Anschlusse an die Anschauungen des Alterthums zu einer vollkommenen allgemeinen Bildung die Kenntniss der sieben artes liberales gefordert, und diese waren daher in jenen Schulen der feststehende Unterrichtsstoff. Grammatik, Rhetorik und Dialektik bildeten das Trivium, Arithmetik, Geometrie, Astronomie und Musik das Quadrivium. Dass diese Fächer nicht immer an jeder Schule in gleich tüchtiger und eingehender Weise behandelt wurden, sondern dass in dieser Hinsicht alles von der Begabung und der vorwiegenden Neigung der Lehrer abhing, versteht sich von selbst.

Wichtiger ist für uns Juristen der weitere Nachweis von Specht (S. 117 ff.), dass in den geistlichen Schulen des Mittelalters der Unterricht in der Rhetorik vorzugsweise in der Lehre des dictamen prosaicum bestand, d. h. der Kunst, Briefe und Urkunden nach Form und Inhalt richtig abzufassen. Hieran schloss sich naturgemäss und ganz von selbst auch ein gewisser Rechtsunterricht an. Die Belege, welche Specht S. 120 ff. für diese Verbindung der Unterweisung im Rechte mit derjenigen in der Rhetorik gibt, waren mir zu einem Theil noch nicht bekannt; dafür hätte er aber seinerseits andere ihm unbekannte, darunter noch viel bestimmtere, in meiner Schrift über die Heimat und das Alter des Brachylogus S. 25 ff. finden können.

Seit dem Ende des 10. Jahrh. wurde von den Geistlichen auch die Kenntniss des canonischen Rechtes verlangt, und daher dieser Theil des Rechtes an den Lehranstalten als wesentliches Stück des theologischen Unterrichtes behandelt. (Specht S. 63 ff.)

Die Schulbildung beschränkte sich aber in Deutschland überhaupt meist auf die Geistlichen; die Laien, und selbst die vornehmen, lernten in der Regel nicht einmal

lesen und schreiben. Durch Karl d. Gr. und sein Beispiel war dies vorübergehend anders und besser geworden; allein schon nach Ludwig dem Frommen nahm die Laienbildung rasch wieder ab. Nur die königlichen Prinzen erhielten stets einen gewissen Unterricht. (Sp. S. 230 ff.)

Der Aufschwung, welchen das wissenschaftliche Leben im 10. Jahrh. unter den Ottonen nahm, und die Anregung zu den gelehrten Studien, welche damals wiederum vom königlichen Hofe ausging, übte auf die Laienwelt nochmals einen starken Einfluss. Wiederum, wie unter Karl d. Gr., wurde es Sitte der Vornehmen, ihre Kinder in den liberales artes[1]), und, wie aus dem erwähnten Zeugnisse (Chronic. Ebersperg. saec. XI. in Mon. Germ. SS. XX. p. 14) hervorgeht, insbesondere auch im Rechte, unterrichten zu lassen. Allein das nämliche Zeugniss lehrt, dass dieser wissenschaftliche Eifer bereits am Ende des ersten Viertels des 11. Jahrh. wieder erkaltet war, und die bekannte Stelle aus dem Tetralogus des Wipo vom J. 1041 (v. 190—202: Mon. Germ. SS. XI. p. 251) bestätigt das nicht nur, sondern sie zeigt sogar, dass in Deutschland jetzt wieder wie ehedem die Schulbildung für jeden, welcher nicht Geistlicher werden wollte, als unnütz und schimpflich galt. (Sp. S. 238 ff.) Dass dagegen seit dem 11. Jahrh. von Frankreich her eine andere, von der Gelehrsamkeit der Schule weit abgewendete Art der Bildung, die „höfische“, mehr und mehr auch bei dem deutschen Ritter- und Adelsstande Eingang fand, ist hier nicht weiter zu verfolgen.

Wohl aber entsteht für uns Juristen die von Specht (S. 120) nur flüchtig gestreifte Frage: welches Recht es war, das in Deutschland gelehrt, und welche Hülfsmittel dabei benutzt wurden. Ich will versuchen, darauf, soweit es zur Zeit möglich ist, die Antwort zu geben.

Wenn in der mehrfach berührten Stelle des Chronicon Eberspergense der alte Graf Udalrich von Ebersperg sagt: „Postquam Germanum regnum a Romanis recesserat, Sigi-

---

[1]) Gesta episc. Tullens. c. 37 (Mon. Germ. SS. VIII. p. 643): Herimannus († 1026) nobili Agrippinensium genere procreatus litterarum studiis, ut decet nobilibus, adprime eruditus.



pertus et Theodericus ac deinde Carolus iura dictabant, quae si quis potens ac nobilis legere nesciret, ignominiosus videbatur, sicut in me coëvisque meis, qui iura didicimus, apparet": so scheint daraus hervorzugehen, dass bei dem Rechtsunterrichte auch das besondere Landesrecht, die Lex Salica, Baiwariorum, Alamannorum, Ribuariorum u. s. w. berücksichtigt wurde. Und dieser Annahme ist günstig, dass sich im früheren Mittelalter die genannten Rechtsbücher in den Bibliotheken der deutschen Klöster fanden, welche damals die Hauptsitze des Unterrichtes und der gelehrten Bildung waren.

So verzeichnet z. B. ein Katalog der Bibliothek des Klosters Reichenau von 822 (Becker, Catalogi Bibliothecarum antiqui p. 4 sqq.) folgende juristische Bücher (nr. 142 sqq.):

> Lex Theodosiana de diversis Romanorum legibus; Lex Ribuaria, Lex Salica et Lex Alamannica et capitula domni Karoli et domni Hludovici Imp. addenda legibus — — in cod. I; item Lex Ribuaria et Lex Alamannica et capitula domni Karoli Imper. addenda legibus — — in cod. I; item Lex Salica et Alamannica — — in cod. I; item Lex Salica in cod. I; item Lex Alamannica et capitula domni Karoli in cod. I; item lex Alamannica in cod. I; item Lex Longobardorum in cod. I.

Ein weiterer Katalog derselben Bibliothek (Becker p. 16 sqq.) fügt als unter dem Abte Erlebald (832—838) geschriebene Bücher hinzu: (nr. 9) lex Alemannica; — — (nr. 82) legem Alemannorum.

In einem Katalog der Bibliothek von St. Gallen aus dem 9. Jahrh. (Becker p. 43 sqq.) kommen vor (nr. 308 sqq.):

> Lex Theodosiana, Lex Ermogeniana, Lex Papiani, Lex Francorum, Lex Alamannorum in volumine I; Capitula Ludovici imperatoris in cod. I; Capitula Caroli Imperatoris — — in vol. I; Item Capitula que legib. addenda sunt. vol. I; Item institutiones Imperatorum romanorum vol. I.

Die Bibliothek der Kirche zu Passau besass im J. 903 (Becker p. 61 sq.): (nr. 12) canones de diversis conciliis et de capitularibus Karoli ceterorumque regum und (nr. 19, 20):

Liber penitentialis et Lex Bawariorum et Francorum et Alemannorum in uno corpore; die reiche Bibliothek des Klosters zu Lorsch im 10. Jahrh. (Becker p. 82 sqq.): (nr. 480) constitutio legis Iustiniani imperatoris (wahrscheinlich nur ein einzelnes Gesetz Justinian's; denn vgl. nr. 366); — — (nr. 495) Lex Gothorum in uno codice; (nr. 496) Lex Ripuaria et Lex Salica in uno codice; diejenige des Klosters St. Emmeram zu Regensburg am Ende des 10. Jahrh. (Becker p. 127 sqq.): (nr. 494, 495) Lex Ribuariorum; Lex Bawariorum; — — (nr. 499, 500) libri capitulares de libris legis II; — — (nr. 508) liber legum vel capitularium.

Im Kloster zu Corvey fanden sich im 11. Jahrh. (Becker p. 139 sq.): (nr. 9) Lex Romana ab Alarico rege abbreviata; (nr. 10) libri veterum sedecim; (nr. 11) libri Novellarum sex Theodosii I, Valentiniani I, Martiani I[1]); (nr. 12) Lex Burgundionum; (nr. 13) Lex Gothorum.

Namentlich die grosse Zahl von Exemplaren der Lex Alamannorum und der Lex Salica in der Bibliothek des seit der Zeit Karl's d. Gr. bis zum Ende des 11. Jahrh. durch seine Schule weitberühmten Klosters zu Reichenau (s. Specht S. 307 ff.) gestattet gar keinen Zweifel, dass diese Gesetzbücher bei dem Unterrichte gebraucht und erklärt wurden; denn wozu hätte man sonst so viele Exemplare gebraucht? [2])

Indessen kann man sich doch kaum auf diese germanischen Volksrechte beschränkt haben; denn um in der Reihe der liberales artes als Mittel höherer und allgemeiner Bildung dienen zu können, dazu enthielten sie doch viel zu wenig wissenschaftliche Elemente. Dazu eignete sich bloss das römische Recht. Auch konnte dieses schon deswegen nicht ganz unbeachtet bleiben, weil eine gewisse Kenntniss desselben zum Verständnisse der rhetorischen

---

[1]) Ohne Zweifel ist mit dem, was Becker hier als drei verschiedene Werke und Bände numerirt, einfach nur das Breviar gemeint. — [2]) Sehr merkwürdig ist in dem alten Reichenauer Katalog das Auftreten der Lex Langobardorum, welche sich, und zwar als das einzige Werk über weltliches Recht, auch in einem Katalog der Bibliothek des Klosters St. Peter zu Salzburg aus dem 12. Jahrh. (Becker p. 233 sqq. nr. 164) findet: jedenfalls ein Beweis des hohen Ansehens, in welchem die langobardische Gesetzgebung auch diesseits der Alpen stand.



Schriften Cicero's, welche auf der Schule gelesen wurden, erforderlich war. Ferner kam die für die Anschauungsweise des Mittelalters gewiss nicht unwichtige Rücksicht in Betracht, mit den höheren Schulen des übrigen Abendlandes in Einklang zu bleiben. Endlich war ja das römische Recht als das Recht der Kirche und der Geistlichen auch in Deutschland gar nicht unpraktisch und schon deswegen an den Kloster-, Dom-, und Stiftsschulen, welche hier im früheren Mittelalter allein den Unterricht besorgten, nothwendig zu berücksichtigen.

Aus allen diesen Gründen wird man allermindestens der Unterweisung in jenen besonderen Stammesrechten eine allgemeinere juristische Einleitung, fussend auf dem römischen Rechte (als der „lex omnium generalis", wie die Langobarden sagten), vorausgeschickt haben. Darauf deutet, dass in den Bibliotheken von Reichenau, St. Gallen und Corvey immer auch das westgothische Breviarium wiederkehrt, und dass es in den Katalogen sämmtlicher drei Bibliotheken unter den Rechtsbüchern jedesmal an erster Stelle(!) genannt ist. Wenn man ferner in St. Gallen schon im 9. Jahrh. auch sogar die Justinianischen Institutionen besass, so sollten diese doch schwerlich nur zu blosser Zierde des Bücherschatzes dienen. Unterstützend kommt hinzu die folgende, schon bei früherer Gelegenheit von mir mitgetheilte Stelle aus der bald nach 1146 wahrscheinlich in Regensburg verfassten[1]) sog. Kaiserchronik (Ausg. von Massmann II. Theil S. 396):

> Alse Ludewic (der Fromme) daz rîche besaz,
> den vursten hiez er sagen daz,
> daz sie die junchêrren
> die phâht (d. h. das Gesetz) hiezen lêren
> nâch rômeskeme rehte.

Kann auch diese Erzählung bei dem vielfach nur sagenhaften Charakter der Kaiserchronik nicht den Werth eines zuverlässig beweisenden geschichtlichen Zeugnisses in An-

[1]) Vgl. Giesebrecht, Geschichte der deutschen Kaiserzeit Bd. 4 S. 399 fg., Wattenbach, Deutschlands Geschichtsquellen im Mittelalter 4. Aufl. Bd. 2 S. 198 fg.



spruch nehmen, so verdient sie immerhin einen gewissen Glauben, weil sie ja doch in dem Hauptpunkte: Unterweisung der Söhne der Vornehmen in den liberales artes und mithin auch im Rechte um die Zeit Karl's d. Gr. und auf Veranlassung von Seite des Königs, vollkommen richtig ist.

Das römische Recht, welches in Deutschland während des früheren Mittelalters gelehrt wurde, war aber, wenn auch, wie in St. Gallen, gründliche Lehrer die Justinianischen Institutionen zu ihrer eigenen besseren Belehrung benutzen mochten, gewiss nicht das Justinianische, sondern, wie in Frankreich, dasjenige des Breviars. Dies erhellt theils daraus, dass in Reichenau und Corvey bloss das Breviar zu finden war, theils aus den zahlreichen Handschriften des Breviars und seiner abgekürzten Bearbeitungen, denen man im Mittelalter in Deutschland begegnet[1]). Ganz schlagend wird aber vollends die doppelte Thatsache, dass ursprünglich nur das römische Recht des Breviars in Deutschland verbreitet war, dieses Recht aber hier einen grossen Einfluss übte, bewiesen durch die starke Benutzung der Epitome Aegidii im Schwabenspiegel, welche Merkel zuerst beobachtet, Rockinger aber in den Sitzungsberichten der philos.-phil. und histor. Classe der Kgl. bayer. Akad. der Wissensch. 1884 S. 180 ff. über jeden Zweifel erhoben hat.

[1]) Vgl. die Beschreibung der Handschriften bei Haenel, Lex Romana Visigothorum p. XLI—XCI.

Nachtrag zu S. 42 ff.

„Ueber die Usatici Barchinonae und deren Zusammenhang mit den Exceptiones Legum Romanorum" hat jetzt Ficker eingehend gehandelt in den Mittheilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung, II. Ergänzungsband S. 236 ff. (auch besonders abgedruckt). In dem Ergebnisse für die Exc. L. R. stimmt er mit mir vollkommen überein. Ferner lässt er aber jetzt, namentlich auch im Hinblicke auf eine im Neuen Archiv XI. S. 435, vgl. auch S. 643, vorläufig bekannt gemachte Entdeckung Conrat's, die Annahme fallen, dass der Petrus und das Tübinger Rechtsbuch aus einer und derselben Quelle unabhängig von einander entstanden seien, erkennt vielmehr das letztere als die Quelle sowohl für den Petrus als für das Gratzer Rechtsbuch an.

II.

Ueber den Widerruf eines Testaments durch Zerschneiden des linum.

Von

Herrn Professor **Paul Krüger**

in Königsberg in Pr.

Den in meinen kritischen Versuchen geführten Nachweis, dass Widerruf eines Testaments, der sich in Zerstörung der Testamentsurkunde äussert, nach Römischem Recht nicht, wie früher angenommen wurde, iure civili wirke, sondern nur Entkräftung iure praetorio herbeiführen könne, hat Schirmer oben S. 1 ff. für den Fall einer Zerschneidung des linum angegriffen; diesem glaubt er civilrechtliche Wirkung beilegen zu müssen, und will den auffälligen Satz, dass ein so geäusserter Widerruf stärkere Wirkung haben solle, als die gänzliche Zerstörung der Urkunde, auf das Senatuskonsult unter Nero über den Verschluss der Urkunden (Paul. 5, 25, 6, Suet. Nero 17) zurückführen.

Am klarsten spricht sich darüber aus Gai. 2, 151. 151[a]: *Potest ut iure facta testamenta contraria voluntate infirmentur. apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat. quin etiam si deleverit quoque aut combusserit tabulas testamenti, nihilo minus non desinent valere quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis est. Quid ergo est? si quis ab intestato bonorum possessionem petierit et is qui ex eo testamento heres est, petat hereditatem ....*

Dieser Stelle wirft Schirmer vor, sie enthalte in der obigen Fassung einen Widerspruch, indem sie erst sagt, ein Testament könne durch Willensänderung aufgehoben werden, dann aber doch damit schliesst, dass dies nicht möglich sei, dass es nur indirekt durch bonorum possessio intestati entkräftet werden könne. Deshalb glaubt er lesen zu müssen: *usque*

adeo ut, nisi linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat.

Dieser Widerspruch ist ein künstlich geschaffener; es müsste dazu erst vorausgesetzt werden, dass *infirmare testamentum* hier nur für civilrechtliche Entkräftung stehen könne. Das soll aus dem Gang der Gajanischen Darstellung erhellen, welche überall das Ius civile zu Grunde lege und das prätorische Recht nur gelegentlich mitnehme. Letzteres trifft nun schon nicht ganz zu; Gajus hat bei den Testamenten nicht wie bei der Intestaterbfolge beide Systeme getrennt gehalten, sondern mit einander verschmolzen (vgl. 2, 119—121. 125. 126. 129. 135—137. 147—150. 151[a]). Wenn er aber auch das Ius civile zum Ausgangspunkt nimmt, so muss er doch da, wo dasselbe versagt, das prätorische Recht selbständig einschieben. Wird denn auch durch Schirmers Lesung daran etwas geändert? Wie könnte Gajus, wenn Schirmer Recht hätte, das linum incidere in einen beschränkenden Nebensatz verweisen, dagegen die Darstellung im ganzen auf die indirekte Entkräftung zuspitzen? Aber Schirmer beachtet auch nicht, dass die Steigerung bei Gajus seiner Textänderung entgegensteht. Ausgehend vom einfachen Widerruf schreitet Gajus fort zum linum incidere und kommt dann zum delere und comburere. Endlich werden nach Schirmers Lesung die Worte *usque adeo ut — nihilo minus iure civili valeat* unverständlich.

Lässt sich also am Text von Gajus nicht rütteln, so fragt sich nun, ob wirklich unsere sonstigen Quellen Bedenken gegen dessen Darstellung erregen. Auch das ist zu verneinen. Schirmer macht auf 3 Stellen aufmerksam.

Die in l. 20 de iniusto (28, 3) an Scävola gestellte Frage, ob die instituti eines Testaments die Erbschaft antreten könnten, trotzdem der Testator im Wahnsinn das linum zerschnitten hatte, bewegt sich ebenso wie die Antwort *(secundum ea quae proponerentur non ideo minus adiri posse)* lediglich auf dem Gebiet des Ius civile, während doch die Bedenken wegen des incidere linum nach Gajus nur auf dem Gebiet der bonorum possessio liegen könnten. Scävola hätte, meint Schirmer, die nach Gajus verfehlte Anfrage berichtigen müssen. Das stimmt aber nicht zur Tendenz der Digesten Scävola's, aus denen die Stelle entnommen ist; in diesen hat Scävola unverkennbar die

Anfragen, abgesehen etwa von stilistischen Abweichungen, genau so geben wollen, wie sie ihm gestellt worden, und beschränkt sich in den Antworten streng auf das ihm unterbreitete Material,[1]) die Entscheidung giebt er ohne Beifügung der Gründe und überlässt es den Lesern sich dieselben zurechtzulegen.

Ebenso leicht erledigt sich das Bedenken aus l. 4 de his quae in test. del. (28, 4), wo Papinian sagt, die Vernichtung einzelner Exemplare des Testaments enkräfte dasselbe nicht, während Paulus zusetzt, wenn der Testator das linum zerschnitten habe, um Intestaterbfolge herbeizuführen, könnten die Intestaterben den instituti die Erbschaft entziehen. In diesem Gegensatz zwischen Paulus und Papinian betont Schirmer das incidere gegenüber dem delere, aber konnte denn Papinian beim delere, wenn er dies als in der Absicht des Widerrufs geschehen voraussetzt, die Entkräftung des Testaments iure praetorio übergehen, also einen sachlich unhaltbaren Bescheid geben?

Das Hauptgewicht legt Schirmer auf eine Sentenz von Paulus in der Collatio 16, 3, 1 (= Paul. 4, 8, 1): *Intestati dicuntur, qui testamentum facere non possunt, vel ipsi linum, ut intestati decederent, abruperunt, vel ii quorum hereditas repudiata est, cuiusve* (?) *condicio defecerit.* Paulus behandelt hier und in den folgenden Paragraphen (2, 2[a]) den Begriff des intestatus als Einleitung zur civilen Intestaterbfolge; nach Schirmer kann Paulus nicht neben den Fällen, in welchen jene eintritt, mit dem linum abrumpere einen solchen aufführen, welcher nur bonorum possessio ab intestato eröffnet. Ein solcher Schluss ist bedenklich, weil uns die Erörterung des Paulus nur lückenhaft vorliegt; der folgende Paragraph: *[Sine] iure praetorio factum testamentum obiecta doli exceptione obtinebit*[2]) zeigt deutlich genug, dass Paulus in dieser Einleitung nicht lediglich vom Ius civile spricht.

Hiernach schwindet wohl jedes Bedenken gegen die Darstellung von Gajus.

---

[1]) Nicht so streng bindet er sich in den Responsa an die Anfragen. — [2]) Schirmer glaubt den Sinn des Satzes durch Aenderungen auf den Kopf stellen zu müssen.



III.

Ueber die Zusammensetzung der Digestenwerke.

Von

Herrn Professor **Paul Krüger**

in Königsberg in Pr.

Unter den Werken der römischen Juristen tragen einige den Titel Digesta; so besitzen wir Bruchstücke aus den Digesta von Alfenus, Aristo[1]), Celsus, Iulianus, Marcellus und Scävola; wahrscheinlich hiess auch das Sammelwerk von Aufidius Namusa so[2]). Fraglich ist, ob diese Digesten einen gemeinsamen Charakter tragen und worin derselbe besteht; der Streit darüber ist durch den Aufsatz von Th. Mommsen im 7. Bande der Zeitschrift für Rechtsgeschichte S. 480 f. angeregt worden. Mommsen sieht in den Digesten die Zusammenstellung der sämmtlichen Schriften eines Gelehrten oder eines Kreises von Gelehrten unter Auflösung der ursprünglichen Ordnung in neuer systematischer Folge. Den Hauptanhalt dieser Ansicht bilden mehrere Anführungen von Alfenus[3]) und Celsus[4]), in welchen die fragliche Stelle sowohl auf die Digesten als auf ein anderes Werk dieser Juristen zurückgeführt wird; Mommsen nimmt nämlich an, in den Digestenwerken sei die Stelle des ursprünglichen Werkes mit angegeben worden und so in die späteren Anführungen übernommen. Als unterstützend wird geltend gemacht, dass von den obgenannten Juristen vor-

---

[1]) Dig. 24, 3, 44 pr.: *ut est relatum apud S. Pomponium digestorum ab Aristone libro V* ist wohl richtiger mit Mommsen auf eine Zusammenstellung von Aussprüchen des Aristo durch Pomponius, als mit H. Pernice Miscellanea S. 35 auf eine Bearbeitung der von Aristo abgefassten Digesten durch Pomponius zu beziehen. — [2]) Dig. 1, 2, 2 § 44: *quorum omnes qui fuerunt libri digesti sunt ab Aufidio Namusa in CXL libros.* — [3]) Gell. 7, 5: *Alfenus ... in libro digestorum XXXIV, coniectaneorum autem secundo.* — [4]) Dig. 4, 4, 3 § 1: *Celsus epistularum libro XI et digestorum II.* Dig. 28, 5, 9 § 2: *Celsus libro XII quaestionum, digestorum XI.* Dig. 34, 2, 19 § 6: *Celsus libro XIX digestorum, commentariorum VII*, vgl. § 3, wo wohl zu lesen ist: *Celsus libro XIX [digestorum, IX] quaestionum.*

wiegend nur die Digesten bei den Späteren sich benutzt finden. Es wird ferner auf die gleichlautenden Stellen hingewiesen, welche sich in den Responsa und Digesta des Scävola finden [1]). Dass die letzteren gerade umgekehrt wie die Digesten der anderen Juristen von den jüngeren Fachgenossen gar nicht angeführt werden, diesen vielmehr nur die Quaestiones und Responsa derselben bekannt gewesen zu sein scheinen, soll sich daraus erklären, dass die Digesten erst nach Alexander zusammengestellt sein mögen.

Diese Ansicht hat, soweit ich sehe, keine Zustimmung gefunden [2]); am eingehendsten ist sie von H. Pernice in den Miscellanea S. 1—88 bekämpft worden [3]). Man darf ihm darin beistimmen, dass für die Doppelcitate von Alfenus und Celsus die Mommsen'sche Erklärung nicht näher liegt als diejenige, dass der Anführende denselben Fall selbständig in beiden Werken gefunden habe [4]). Richtig ist ferner, dass eine Nichtberücksichtigung der Digesten von Scävola bei den Späteren weder gegenüber den vielen Anführungen ohne Angabe des Werkes wahrscheinlich ist, noch bei den spärlichen Citaten der übrigen Werke desselben auffallend wäre, und dass die Notae von Claudius Tryphoninus zu den Digesten die Abfassung derselben durch Scävola selbst ziemlich sicher beweisen. Es lässt sich sogar wahrscheinlich machen, dass die Digesta gegenüber den Responsa das ältere Werk sind, dass jene theils unter Marcus und Verus, theils unter der Alleinherrschaft von Marcus geschrieben sind [5]), während diese unter Severus fallen [6]). Auch wo die Fassung der in beiden Werken wiederkehrenden

---

[1]) Aus diesen Parallelstellen haben schon Frühere geschlossen, dass die Juristen ihre gesammten Werke zu Digesta verarbeitet hätten, vgl. Conradi de vita et scriptis Scaevolae S. 71. — [2]) Nur bedingt lässt sie Karlowa Rechtsgeschichte I S. 670 gelten. — [3]) Vgl. Kuntze Exkurse 2. Aufl. S. 347, Rudorff zu Puchta Institutionen § 99 p*. — [4]) Man vergleiche Dig. 14, 6, 7 pr. *(Neratius libro I et II responsorum . . . ait)* 49, 14, 18 § 10 *(Papinianus tam libro VI quam XI responsorum scribit)*.— [5]) Vgl. Fitting über das Alter der Schriften römischer Juristen S. 26; in Dig. 32, 39 pr. ist zwar *d. Marcus* mit Mommsen als Glosse zu streichen, die Beziehung auf Marcus ist aber nicht falsch. — [6]) Darauf führt der praefectus legionis in Dig. 26, 7, 47 § 4, vgl. G. Wilmanns in der Ephemeris epigraphica S. 95ff., O. Hirschfeld Untersuchungen auf dem Gebiete der röm. Verwaltungsgeschichte I S. 249.

Responsa nicht übereinstimmt, ist diejenige der Responsa als die verkürzte die jüngere[1]; dass einmal die Fassung der Digesten die kürzere ist[2], hängt damit zusammen, dass in den Responsa die Anfrage erweitert wiedergegeben ist.

Sehen wir also von der Vermuthung ab, dass alle Digestenwerke Gesammtausgaben der betreffenden Autoren waren, so bleibt als gemeinsamer Charakter das *digerere* im Sinne systematischer Ordnung. Das Wort schliesst nicht aus, dass der in diese gebrachte Stoff mehr oder weniger erst speziell für dies Werk geschaffen worden; man könnte nur sagen, letzteres fände in dem Titel keinen Ausdruck, was aber doch von den Titeln vieler Werke alter und neuer Zeit gilt; und dass Celsus und Julian nicht etwa blos eignes und fremdes Material zusammengefügt, sondern nur unter Benutzung vorhandenen Materials umfassende Kommentare geschaffen haben, lässt sich noch aus den uns erhaltenen Bruchstücken zur Genüge erkennen.

Auf dieses Merkmal systematischer Ordnung, welches keinen Gegensatz bildet zu vielen anderen sowohl dem Namen als dem Stoffe nach verschiedenen Werken der römischen Juristen, beschränken Pernice, Kuntze und Karlowa das den Digesten gemeinsame, nur dass Kuntze und Karlowa noch für die nach dem Edictum perpetuum Hadrians verfassten Digesten den Anschluss an die Ordnung des letzteren unter Mitberücksichtigung des Ius civile hervorheben. Letzteres ist schon vordem erkannt worden, erschöpft aber nicht die Uebereinstimmung dieser Werke; die Ediktordnung liegt anerkanntermassen nur dem ersten Abschnitt derselben zu Grunde, und die Ediktkommentare von Pomponius, Gajus, Paulus und Ulpian haben die Civilrechtsmaterien gerade so wie jene in sich aufgenommen. Der Gegensatz zu letzteren liegt gerade in dem zweiten Abschnitt, über dessen Inhalt und Ordnung

[1] Dig. 34, 3, 28 § 13, 14 = 32, 93 § 1; 15, 3, 21 = 15, 3, 20 pr.; 32, 38 § 4 = 32, 93 pr. (Aenderung der Parteinamen in den Responsa); 26, 7, 59 = 2, 14, 44; 34, 3, 28 § 4 = 34, 3, 31 § 2; 33, 7, 28 = 36, 2, 28. Dass hier die Justinianischen Juristen die Verkürzung vorgenommen hätten, nimmt Pernice ohne Grund an; berechtigt ist dagegen eine solche Annahme bei dem Zusatz *vel tutor vel curator* in Dig. 42, 1, 64 = 49, 1, 24 pr. — [2] Dig. 34, 3, 28 § 6 = 34, 3, 31 § 4. 5.

bis jetzt keine übereinstimmende Auffassung gewonnen ist [1]). Am treffendsten ist noch die Angabe von Rudorff über Julians Digesten [2]), dass sie von Buch 59 ab als Ergänzung zum Ediktkommentar die übrigen Civilrechtsmaterien und das Strafrecht anhängen [3]). Dies gilt aber mit den unten sich ergebenden Modifikationen nicht blos für Julians Digesten, sondern ebenso für diejenigen von Celsus, Marcellus und Scävola, und ferner für eine Reihe anderer Werke mit verschiedenen Titeln, nämlich für die Responsa und Quaestiones von Scävola, die gleichnamigen Werke von Papinian und Paulus, für die Sententiae von Paulus [4]), die Disputationes von Ulpian, die Responsa Modestins und die Epitomae Hermogenians. Ich lasse eine Uebersicht der Bruchstücke aus dem zweiten Abschnitt der genannten Werke folgen, indem ich als für den vorliegenden Zweck ausreichend einige grössere Abtheilungen, wie Lex Aelia Sentia, Lex Iulia et Papia und Publica Iudicia nicht in weitere Unterabtheilungen zerlege. Bei Weiterführung der Untersuchung werden sich für einige der hier noch nicht rubrizirten Fragmente gemeinsame Rubriken ergeben; es ist auch offen gelassen, ob nicht einzelne der hier gewählten Rubriken für den ursprünglichen Inhalt zu eng gefasst sind [5]).

Celsi Digesta:

Buch 28 De suis et legitimis heredibus D. 1, 7, 5? 38, 16, 7.
De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 21.

---

[1]) Rudorff zu Puchta Institutionen § 99 p* sieht in den Digesten im Gegensatz zu den exegetischen Schriften dogmatisch kasuistische Werke nach der Ordnung der 3 Rechtsquellen: Gewohnheitsrecht (Ius civile), Gerichtsgebrauch (Edictum) und Gesetzgebung (Leges). Dass dies in keiner Weise zutrifft, ist leicht zu erkennen. — [2]) Rechtsgeschichte 1 S. 171. — [3]) Weniger glücklich war seine Bemerkung zu Puchta Institutionen 1 § 99 p*, dass Buch 59—90 die noch praktischen Leges enthalte. — Mommsen Zeitschrift für Rechtsgeschichte 9 S. 89 nimmt an, dass bei Julian von Buch 59 an dieselben Materien wiederkehren, welche schon vordem behandelt worden. — [4]) Vielleicht auch für die Manualia desselben, doch sind nur Fragmente erhalten, welche dem Ediktsystem angehören. Dasselbe gilt von den Quaestiones des Callistratus. — [5]) Z. B. De adoptionibus ist vielleicht nur ein Theil einer Rubrik De patria potestate. — Die Sterne deuten an, dass die Florentiner Lesung abweicht.

Buch 29 Ad l. Aeliam Sentiam D. 1, 3, 18? 1, 5, 19? 28, 5, 61. 40, 2, 19.
De adoptionibus *D. 1, 7, 7 (*Flor.* lib. 39).
30—36 Ad l. Iuliam et Papiam (vgl. die Tabellen zu dem Kommentar dieser Gesetze von Heineccius).
37 D. 31, 30.
De publicis iudiciis D. 48, 3, 11. 48, 19, 21.
38 D. 17, 1, 50. D. 45, 1, 72 pr. 99 D. 50, 17, 193.
39 [D. 1, 7, 7 Buch 29?] D. 43, 8, 3. D. 50, 16, 98 pr. (= 4, 4, 3 § 3) 50, 16, 98 § 1. 2.

Iuliani Digesta:

Buch 59 De suis et legitimis heredibus D. 1, 3, 10? 38, 16, 6. 38, 17, 2 § 1. 38, 16, 8.
60 De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 2. 50, 17, 66.
De mortis causa donationibus D. 39, 6, 18 § 3.
D. 5, 3, 55.
61 Ad l. Falcidiam D. 7, 1, 29. 35, 2, 51. 87.
62 De postliminio et ad l. Corneliam D. 23, 2, 11. 24, 2, 6. 49, 15, 22. 28, 6, 28.
63—65 Ad l. Aeliam Sentiam D. 29, 7, 4. 28, 5. 43. 40, 9, 5. 38, 1, 25. 38, 2, 24.
65 D. 4, 2, 18.
68 D. 43, 24, 14.
69 D. 1, 5, 26. 35, 1, 25. 49, 15, 23.
70 De adoptionibus D. 1, 7, 26?
D. 30, 99. 36, 2, 19.
73 D. 44, 7, 19.
75 De adsignatione libertorum (ad l. Iuliam et Papiam). D. 38, 4, 1 § 8. 5 pr.
77—83 Ad. l. Iuliam et Papiam D. 30, 100. 6, 1, 56? 28, 6, 30. 30, 101. 33, 2, 10. 34, 8, 1. 39, 6, 19? 30, 102. 34, 3, 13. 50, 16, 201. 35, 1, 26. 30, 103.
84 De consuetudine D. 1, 3, 32.
85 D. 1, 7, 27.
86 Ad l. Iul. de adulteriis D. 48, 5, 5.
Ad SC. Libonianum D. 48, 10, 5.
Ad l. Aquiliam D. 9, 2, 51. 47. 9, 4, 2 § 1. 19, 2, 13 § 4.
Ad l. Rhodiam D. 14, 2, 6.
87 D. 50, 17, 67.

Buch 88 De verborum significatione D. 45, 1, 59.
89 De fideiussoribus D. 46, 1, 17.
90 D. 1, 3, 11.
De compensationibus D. 16, 2, 2.
D. 46, 1, 18.

Marcelli Digesta:

Buch 21 Ad l. Aquiliam D. 9, 2, 34. 36.
22 De donationibus D. 39, 5, 20. 41, 6, 2.
Ad l. Falcidiam D. 34, 9, 6. 35, 2, 2. *55 (*F* lib. 20) 56.
De postliminio D. 49, 15, 1. *2 (*F* lib. 39).
23 De manumissione mortis causa facta D. 40, 1, 15.
24 Ad l. Aeliam Sentiam D. 18, 7, 4. 40, 13, 2.
25 Ad l. Iuliam peculatus D. 48, 13, 14 (Buch 30—31?).
26 De adoptionibus D. 1, 7, 18. 20. 38.
D. 23, 2, 41. D. 35, 2, 57 (Buch 22?).
28 D. 11, 8, 2. D. 28, 8, 10. D. 31, 50. D. 39, 6, 34.
29 D. 33, 2, 3. 50, 17, 192 pr. D. 28, 4, 3 = 50, 17, 192 § 1. D. 31, 28.
30 D. 48, 10, 26.
31 Ad l. Iuliam de adulteriis Collatio 4, 2, 4. 5.
D. 46, 3, 73.

Scaevolae Digesta:

Buch 30 D. 34, 9, 26.
31 De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 35.
32 Ad l. Aeliam Sentiam D. 42, 8, 23.
33. 34 Ad l. Iuliam et Papiam D. 22, 3, 27. 32, 42? 33, 2, 37. 29, 5, 26.

Scaevolae Responsa:

Buch 5 De appellationibus D. 49, 1, 24.
6 De verborum significatione D. 33, 2, 39. De usuris D. 22, 2, 5. D. 35, 2, 27. D. 40, 11, 3. De fideiussoribus D. 46, 1, 63.

Scaevolae Quaestiones:

Buch 14 D. 4, 4, 11 § 1 (Buch 16 ad l. Aeliam Sentiam?).
15 Ad l. Falcidiam D. 35, 2, 23.
De postliminio D. 28, 6, 29.
D. 13, 4, 2 § 3. D. 28, 5, 83.

Buch 16—18 Ad l. Aeliam Sentiam D. 40, 9, 6. 28, 5, 84.
18 D. 46, 1, 57.
19 Ad l. Iul. de adulteriis D. 24, 3, 47.

Papiniani Quaestiones:

Buch 29 De suis et legitimis heredibus D. 38, 6, 7.
De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 27.
De mortis causa donationibus D. 39, 6, 40.
De l. Falcidia D. 35, 2, 11.
De postliminio et ad l. Corneliam D. 38, 16, 15. 49, 15, 10.
D. 22, 1, 6.
30 D. 29, 2, 85. D. 35, 2, 12.
Ad l. Aeliam Sentiam D. 40, 1, 19? 50, 17, 78 (F^2 lib. 31).
31 De adoptionibus D. 1, 7, 32.
Ad l. Iuliam et Papiam D. 1, 5, 9.
D. 8, 1, 18. D. 49, 15, 11 (Buch 29?).
32. 33 Ad l. Iuliam et Papiam D. 23, 2, 61. 34, 9, 13. 35, 1, 74. 50, 17, 79. 34, 9, 14.
34 D. 35, 1, 75.
35 De castrensi peculio D. 49, 17, 15.
36 De publicis iudiciis D. 48, 5, 39. 48, 13, 16.
De re militari D. 50, 5, 7.
D. 1, 7, 13 (Buch 31?). D. 45, 1, 119.
37 Ad l. Aquiliam D. 4, 3, 19. 9, 2, 54.
D. 24, 3, 41. D. 35, 2, 13.
De verborum significatione D. 45, 1, 120.
De fideiussoribus D. 46, 1, 50.
De compensationibus D. 45, 2, 10.

Papiniani Responsa:

Buch 12[1]) De suis et legitimis heredibus D. 38, 16, 16.
De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 29 (pr. = *50, 17, 82). Vat. fr. 250—257 (255. 257 = D. 39, 5, 31). Vat. fr. 258 = D. 10, 2, 35. Vat. fr. 259—261. 294. 262—265.
D. 40, 12, 36. D. 42, 6, 4 (Buch 10?).

[1]) D. 21, 1, 55 zeigen, was bei den Bruchstücken der übrigen Werke nicht hervortritt, dass das ädilizische Edikt in diesen Werken dem prätorischen folgte.

Buch 13 Ad l. Falcidiam D. 35, 2, 15. 39, 6, 42.
Ad l. Aeliam Sentiam D. 37, 15, 11. 40, 1, 21.
D. 16, 2, 20. 39, 4, 8.
D. 34, 9, 17. 44, 3, 10. 49, 14, 38 pr.
D. 48, 4, 8. D. 48, 10, 12. D. 49, 14, 38 § 1.
14 D. 40, 3, 3. D. 40, 4, 51. D. 40, 15, 2. D. 42, 4, 13.
Ad l. Iuliam et Papiam D. 34, 9, 25. 38, 4, 11.
15 Ad l. Iuliam et Papiam D. 34, 9, 18.
D. 40, 10, 2.
De publicis iudiciis D. 46, 1, 53. 48, 1, 13. 48, 2, 21. 48, 16, 1 § 10. 48, 16, 4. 48, 11, 9. Coll. 4, 4, 2. 4, 5. Dig. 48, 5, 40. 48, 10, 13. 26, 2, 29. 29, 6, 3?
16 De publicis iudiciis D. 48, 1, 14. 48, 18, 17. 48, 19, 34 = 48, 16, 1 § 13. 48, 17, 1 § 4. 48, 21, 3 pr. 48, 23, 3. 49, 14, 39 pr. 48, 2, 22. 38, 12, 2?
De iure fisci et populi D. 49, 14, 39 § 1.
17 De iure fisci et populi D. 2, 14, 42.
19 De iure fisci et populi D. 50, 15, 5.
De appellationibus D. 49, 1, 23.
De re militari D. 38, 1, 43. 49, 16, 15. 49, 17, 16.
Ad l. Rhodiam D. 14, 2, 3.

Pauli Quaestiones:

Buch 17 De suis et legitimis heredibus D. 48, 23, 4? 50, 17, 91.
Ad l. Falcidiam D. 35, 2, 22.
19—21 Ad l. Iuliam et Papiam D. 24, 3, 46. 49, 14, 40. 29, 7, 16? 33, 1, 11. 33, 3, 7. 34, 4, 27. 35, 1, 81.
22 De publicis iudiciis D. 48, 10, 14.
Ad l. Aquiliam D. 9, 2, 55.
D. 46, 1, 58.
23 D. 27, 1, 33. 35. D. 28, 5, 85.
24 D. 19, 1, 46. D. 46, 2, 29. D. 50, 1, 20.
25 De usuris D. 22, 1, 11. 22, 2, 6.

Pauli Responsa:

Buch 17 De suis et legitimis heredibus D. 29, 2, 92?
18 De adoptionibus D. 1, 7, 36.
D. 1, 5, 11. D. 41, 7, 8.
19 Ad l. Iuliam et Papiam D. 1, 5, 12. 25, 7, 4. 34, 5, 4?
Ad l. Iuliam de adulteriis D. 48, 5, 41.

Buch 20 De appellationibus D. 49, 1, 25.
21 De iure fisci D. 49, 14, 41.
De verborum significatione D. 34, 2, 37.

Pauli Sententiae:

Buch 5 De donationibus t. 11.
De iure fisci et populi t. 12.
De publicis iudiciis t. 13—30.
De re militari (de poenis militum) t. 31?
De appellationibus t. 32—37.

Ulpiani Disputationes:

Buch 8[1]) De peremptorio edicto D. 5, 1, 68. 70. 72.
D. 18, 6, 10. 20, 6, 3. D. 21, 1, 49.
D. 5, 2, 26. 28, 5, 36. 28, 7, 10. 37, 11, 6. 40, 4, 14.
D. 30, 78. 33, 2, 9.
Ad l. Falcidiam D. 35, 2, 82.
D. 39, 4, 14.
De publicis iudiciis D. 48, 1, 5. 48, 4, 2. 11. 48, 5, 2. 4.
48, 9, 8. 48, 10, 4. 48, 16, 7. 48, 19, 1. 48, 21, 1.
De iure fisci et populi D. 49, 14, 29.
De appellationibus D. 49, 1, 10.
De re militari D. 49, 16, 8.
9 Ad l. Aquiliam D. 9, 2, 49.
10 De compensationibus D. 12, 6, 30.
D. 50, 8, 1. D. 50, 17, 60.

Modestini Responsa:

Buch 14 De suis et legitimis heredibus D. 38, 8, 8.
15 De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 23.
16 D. 31, 35.
17 De publicis iudiciis D. 48, 2, 18. 48, 15, 5. 48, 16, 17.
De appellationibus D. 49, 1, 18.
De iure fisci et populi D. 49, 14, 9.
18 De usuris D. 22, 1, 43.

Hermogeniani Epitomae:

Buch 7 De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 33.

---

[1]) D. 21, 1, 49 gehört zum ädilizischen Edikt.

Buch 7 De publicis iudiciis D. 48, 2, 10. 48, 4, 10. 48, 10, 20. 48, 15, 7.
De iure fisci D. 49, 14, 46.

Aus dieser Uebersicht ist folgende Tabelle zusammengestellt unter Weglassung derjenigen Werke, welche für die Feststellung des Systems minder ergiebig sind.

	Cels.	Iul.	Marc.	Scaev.	Pap.		Paul.			Mod.
	D.	D.	D.	Q.	Q.	R.	Q.	R.	S.	R.
De suis et legitimis heredibus . . .	28	59			29	12	17	17?		14
De donationibus ad l. Cinciam . . .	28	60	22		29	12				15
De mortis causa donationibus . . .		60			29					
Ad l. Falcidiam . .		61	22	15	29	13	17			
De postliminio et ad l. Corneliam .		62	22		29					
De manumissione mortis causa . .			23							
Ad l. Aeliam Sentiam	29	63—65	24	16—18	30?	13				
De adoptionibus (De patria potestate?)	29?	70?	26		31			18?		
Ad l. Iuliam et Papiam	30—36	75—83			31—33		19—21	19		
De castrensi peculio					35					
De publicis iudiciis	37	86	31	19	36	15. 16	22	19	5,13—30	17
De iure fisci et populi						16-19		21	5,12	17
De appellationibus						19		20	5,32—37	17. 18
De re militari . .					36?	19			5,31?	
Ad l. Aquiliam . .		86	21		37		22			
Ad l. Rhodiam . .		86				19				
De verborum significatione		88			37			21		
De fideiussoribus .		89			37					
De compensationibus		90			37					
De usuris							25			
	Schluss 39			Schluss 20			Schluss 26	Schluss 25		

Dass hiernach einzelne Abweichungen unter den verschiedenen Werken vorgekommen sind, fällt gegenüber der sonstigen Uebereinstimmung ebensowenig in's Gewicht, wie die im Ediktabschnitt vorkommenden Willkürlichkeiten einzelner

Buch 20 De appellationibus D. 49, 1, 25.
21 De iure fisci D. 49, 14, 41.
De verborum significatione D. 34, 2, 37.

Pauli Sententiae:

Buch 5 De donationibus t. 11.
De iure fisci et populi t. 12.
De publicis iudiciis t. 13—30.
De re militari (de poenis militum) t. 31?
De appellationibus t. 32—37.

Ulpiani Disputationes:

Buch 8[1]) De peremptorio edicto D. 5, 1, 68. 70. 72.
D. 18, 6, 10. 20, 6, 3. D. 21, 1, 49.
D. 5, 2, 26. 28, 5, 36. 28, 7, 10. 37, 11, 6. 40, 4, 14.
D. 30, 78. 33, 2, 9.
Ad l. Falcidiam D. 35, 2, 82.
D. 39, 4, 14.
De publicis iudiciis D. 48, 1, 5. 48, 4, 2. 11. 48, 5, 2. 4.
48, 9, 8. 48, 10, 4. 48, 16, 7. 48, 19, 1. 48, 21, 1.
De iure fisci et populi D. 49, 14, 29.
De appellationibus D. 49, 1, 10.
De re militari D. 49, 16, 8.
9 Ad l. Aquiliam D. 9, 2, 49.
10 De compensationibus D. 12, 6, 30.
D. 50, 8, 1. D. 50, 17, 60.

Modestini Responsa:

Buch 14 De suis et legitimis heredibus D. 38, 8, 8.
15 De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 23.
16 D. 31, 35.
17 De publicis iudiciis D. 48, 2, 18. 48, 15, 5. 48, 16, 17.
De appellationibus D. 49, 1, 18.
De iure fisci et populi D. 49, 14, 9.
18 De usuris D. 22, 1, 43.

Hermogeniani Epitomae:

Buch 7 De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 33.

---

[1]) D. 21, 1, 49 gehört zum ädilizischen Edikt.

Buch 7 De publicis iudiciis D. 48, 2, 10. 48, 4, 10. 48, 10, 20. 48, 15, 7.

De iure fisci D. 49, 14, 46.

Aus dieser Uebersicht ist folgende Tabelle zusammengestellt unter Weglassung derjenigen Werke, welche für die Feststellung des Systems minder ergiebig sind.

	Cels. D.	Iul. D.	Marc. D.	Scaev. Q.	Pap. Q.	Pap. R.	Paul. Q.	Paul. R.	Paul. S.	Mod. R.
De suis et legitimis heredibus	28	59			29	12	17	17?		14
De donationibus ad l. Cinciam	28	60	22		29	12				15
De mortis causa do*nationibus*		60			29					
Ad l. Falcidiam		61	22	15	29	13	17			
De postliminio et ad *l.* Corneliam		62	22		29					
De manumissione *mortis* causa			23							
Ad l. Aeliam Sentiam	29	63—65	24	16—18	30?	13				
De adoptionibus (De patria potestate?)	29?	70?	26		31			18?		
Ad l. Iuliam et Papiam	30—36	75—83			31—33		19—21	19		
De castrensi peculio					35					
De publicis iudiciis	37	86	31	19	36	15. 16	22	19	5,13—30	17
De iure fisci et populi						16-19		21	5,12	17
De appellationibus						19		20	5,32—37	17. 18
De re militari					36?	19			5,31?	
Ad l. Aquiliam		86	21		37		22			
Ad l. Rhodiam		86				19				
De verborum significatione		88			37			21		
De fideiussoribus		89			37					
De compensationibus		90			37					
De usuris							25			
	Schluss 39			Schluss 20			Schluss 26	Schluss 25		

Dass hiernach einzelne Abweichungen unter den verschiedenen Werken vorgekommen sind, fällt gegenüber der sonstigen Uebereinstimmung ebensowenig in's Gewicht, wie die im Ediktabschnitt vorkommenden Willkürlichkeiten einzelner

Buch 20 De appellationibus D. 49, 1, 25.
21 De iure fisci D. 49, 14, 41.
De verborum significatione D. 34, 2, 37.

Pauli Sententiae:

Buch 5 De donationibus t. 11.
De iure fisci et populi t. 12.
De publicis iudiciis t. 13—30.
De re militari (de poenis militum) t. 31?
De appellationibus t. 32—37.

Ulpiani Disputationes:

Buch 8 [1]) De peremptorio edicto D. 5, 1, 68. 70. 72.
D. 18, 6, 10. 20, 6, 3. D. 21, 1, 49.
D. 5, 2, 26. 28, 5, 36. 28, 7, 10. 37, 11, 6. 40, 4, 14.
D. 30, 78. 33, 2, 9.
Ad l. Falcidiam D. 35, 2, 82.
D. 39, 4, 14.
De publicis iudiciis D. 48, 1, 5. 48, 4, 2. 11. 48, 5, 2. 4.
48, 9, 8. 48, 10, 4. 48, 16, 7. 48, 19, 1. 48, 21, 1.
De iure fisci et populi D. 49, 14, 29.
De appellationibus D. 49, 1, 10.
De re militari D. 49, 16, 8.
9 Ad l. Aquiliam D. 9, 2, 49.
10 De compensationibus D. 12, 6, 30.
D. 50, 8, 1. D. 50, 17, 60.

Modestini Responsa:

Buch 14 De suis et legitimis heredibus D. 38, 8, 8.
15 De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 23.
16 D. 31, 35.
17 De publicis iudiciis D. 48, 2, 18. 48, 15, 5. 48, 16, 17.
De appellationibus D. 49, 1, 18.
De iure fisci et populi D. 49, 14, 9.
18 De usuris D. 22, 1, 43.

Hermogeniani Epitomae:

Buch 7 De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 33.

---

[1]) D. 21, 1, 49 gehört zum ädilizischen Edikt.

Buch 7 De publicis iudiciis D. 48, 2, 10. 48, 4, 10. 48, 10, 20. 48, 15, 7.

De iure fisci D. 49, 14, 46.

Aus dieser Uebersicht ist folgende Tabelle zusammengestellt unter Weglassung derjenigen Werke, welche für die Feststellung des Systems minder ergiebig sind.

	Cels. D.	Iul. D.	Marc. D.	Scaev. Q.	Pap. Q.	Pap. R.	Paul. Q.	Paul. R.	Paul. S.	Mod. R.
De suis et legitimis heredibus	28	59			29	12	17	17?		14
De donationibus ad l. Cinciam	28	60	22		29	12				15
De mortis causa donationibus		60			29					
Ad l. Falcidiam		61	22	15	29	13	17			
De postliminio et ad l. Corneliam		62	22		29					
De manumissione mortis causa			23							
Ad l. Aeliam Sentiam	29	63—65	24	16—18	30?	13				
De adoptionibus (De patria potestate?)	29?	70?	26		31			18?		
Ad l. Iuliam et Papiam	30—36	75—83			31—33		19—21	19		
De castrensi peculio					35					
De publicis iudiciis	37	86	31	19	36	15. 16	22	19	5,13—30	17
De iure fisci et populi						16-19		21	5,12	17
De appellationibus						19		20	5,32—37	17. 18
De re militari					36?	19			5,31?	
Ad l. Aquiliam		86	21		37		22			
Ad l. Rhodiam		86				19				
De verborum significatione		88			37			21		
De fideiussoribus		89			37					
De compensationibus		90			37					
De usuris							25			
	Schluss 39			Schluss 20			Schluss 26	Schluss 25		

Dass hiernach einzelne Abweichungen unter den verschiedenen Werken vorgekommen sind, fällt gegenüber der sonstigen Uebereinstimmung ebensowenig in's Gewicht, wie die im Ediktabschnitt vorkommenden Willkürlichkeiten einzelner

Buch 20 De appellationibus D. 49, 1, 25.
21 De iure fisci D. 49, 14, 41.
De verborum significatione D. 34, 2, 37.

Pauli Sententiae:

Buch 5 De donationibus t. 11.
De iure fisci et populi t. 12.
De publicis iudiciis t. 13—30.
De re militari (de poenis militum) t. 31?
De appellationibus t. 32—37.

Ulpiani Disputationes:

Buch 8[1]) De peremptorio edicto D. 5, 1, 68. 70. 72.
D. 18, 6, 10. 20, 6, 3. D. 21, 1, 49.
D. 5, 2, 26. 28, 5, 36. 28, 7, 10. 37, 11, 6. 40, 4, 14.
D. 30, 78. 33, 2, 9.
Ad l. Falcidiam D. 35, 2, 82.
D. 39, 4, 14.
De publicis iudiciis D. 48, 1, 5. 48, 4, 2. 11. 48, 5, 2. 4. 48, 9, 8. 48, 10, 4. 48, 16, 7. 48, 19, 1. 48, 21, 1.
De iure fisci et populi D. 49, 14, 29.
De appellationibus D. 49, 1, 10.
De re militari D. 49, 16, 8.
9 Ad l. Aquiliam D. 9, 2, 49.
10 De compensationibus D. 12, 6, 30.
D. 50, 8, 1. D. 50, 17, 60.

Modestini Responsa:

Buch 14 De suis et legitimis heredibus D. 38, 8, 8.
15 De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 23.
16 D. 31, 35.
17 De publicis iudiciis D. 48, 2, 18. 48, 15, 5. 48, 16, 17.
De appellationibus D. 49, 1, 18.
De iure fisci et populi D. 49, 14, 9.
18 De usuris D. 22, 1, 43.

Hermogeniani Epitomae:

Buch 7 De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 33.

[1]) D. 21, 1, 49 gehört zum ädilizischen Edikt.

Buch 7 De publicis iudiciis D. 48, 2, 10. 48, 4, 10. 48, 10, 20. 48, 15, 7.
De iure fisci D. 49, 14, 46.

Aus dieser Uebersicht ist folgende Tabelle zusammengestellt unter Weglassung derjenigen Werke, welche für die Feststellung des Systems minder ergiebig sind.

	Cels. D.	Iul. D.	Marc. D.	Scaev. Q.	Pap. Q.	Pap. R.	Paul. Q.	Paul. R.	Paul. S.	Mod. R.
De suis et legitimis heredibus	28	59			29	12	17	17?		14
De donationibus ad l. Cinciam	28	60	22		29	12				15
De mortis causa donationibus		60			29					
Ad l. Falcidiam		61	22	15	29	13	17			
De postliminio et ad l. Corneliam		62	22		29					
De manumissione mortis causa			23							
Ad l. Aeliam Sentiam	29	63—65	24	16—18	30?	13				
De adoptionibus (De patria potestate?)	29?	70?	26		31			18?		
Ad l. Iuliam et Papiam	30—36	75—83			31—33		19—21	19		
De castrensi peculio					35					
De publicis iudiciis	37	86	31	19	36	15. 16	22	19	5,13—30	17
De iure fisci et populi						16-19		21	5,12	17
De appellationibus						19		20	5,32—37	17. 18
De re militari					36?	19			5,31?	
Ad l. Aquiliam		86	21		37		22			
Ad l. Rhodiam		86				19				
De verborum significatione		88			37			21		
De fideiussoribus		89			37					
De compensationibus		90			37					
De usuris							25			
	Schluss 39			Schluss 20			Schluss 26	Schluss 25		

Dass hiernach einzelne Abweichungen unter den verschiedenen Werken vorgekommen sind, fällt gegenüber der sonstigen Uebereinstimmung ebensowenig in's Gewicht, wie die im Ediktabschnitt vorkommenden Willkürlichkeiten einzelner

Buch 20 De appellationibus D. 49, 1, 25.
21 De iure fisci D. 49, 14, 41.
De verborum significatione D. 34, 2, 37.

Pauli Sententiae:

Buch 5 De donationibus t. 11.
De iure fisci et populi t. 12.
De publicis iudiciis t. 13—30.
De re militari (de poenis militum) t. 31?
De appellationibus t. 32—37.

Ulpiani Disputationes:

Buch 8[1]) De peremptorio edicto D. 5, 1, 68. 70. 72.
D. 18, 6, 10. 20, 6, 3. D. 21, 1, 49.
D. 5, 2, 26. 28, 5, 36. 28, 7, 10. 37, 11, 6. 40, 4, 14.
D. 30, 78. 33, 2, 9.
Ad l. Falcidiam D. 35, 2, 82.
D. 39, 4, 14.
De publicis iudiciis D. 48, 1, 5. 48, 4, 2. 11. 48, 5, 2. 4.
48, 9, 8. 48, 10, 4. 48, 16, 7. 48, 19, 1. 48, 21, 1.
De iure fisci et populi D. 49, 14, 29.
De appellationibus D. 49, 1, 10.
De re militari D. 49, 16, 8.
9 Ad l. Aquiliam D. 9, 2, 49.
10 De compensationibus D. 12, 6, 30.
D. 50, 8, 1. D. 50, 17, 60.

Modestini Responsa:

Buch 14 De suis et legitimis heredibus D. 38, 8, 8.
15 De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 23.
16 D. 31, 35.
17 De publicis iudiciis D. 48, 2, 18. 48, 15, 5. 48, 16, 17.
De appellationibus D. 49, 1, 18.
De iure fisci et populi D. 49, 14, 9.
18 De usuris D. 22, 1, 43.

Hermogeniani Epitomae:

Buch 7 De donationibus ad l. Cinciam D. 39, 5, 33.

---

[1]) D. 21, 1, 49 gehört zum ädilizischen Edikt.

Autoren. Die stärker hervortretenden Abweichungen in den Sententiae des Paulus sind vielleicht nicht von Paulus selbst ausgegangen, sondern erst in der Westgothischen Epitome entstanden. Die Besprechung der Lex Aquilia fällt in den meisten Werken aus, weil sie schon bei den utiles actiones des Edikts zur Sprache kam. Die Lex Iulia et Papia hat Marcellus mit Rücksicht auf seinen selbständigen Kommentar derselben in den Digesten weggelassen.

Ein sachlicher Zusammenhang der einzelnen Kapitel ist nicht gegeben; das war schon dadurch bedingt, dass dieser Abschnitt für das Privatrecht nur einzelne Ergänzungen des voraufgegangenen Abschnittes bringen konnte. Dagegen erkennt man das Bestreben durch diese Ergänzungen eine Bearbeitung des gesammten Rechtsgebietes zu gewinnen. Ob Celsus, dessen Digesten wohl älter sind als die Julians, der Erfinder dieses Systems gewesen, steht dahin; der 2. Abschnitt kann auch von einem der vorhadrianischen Juristen als Ergänzung einer Bearbeitung des Ius honorarium erfunden sein. Jedenfalls ist letzteres nicht verwandt mit irgend einer Ordnung in den Werken über das Ius civile.

Dass dies System seit Scävola von den Digesten auf die Sammlungen der Quaestiones, Responsa und die für Praktiker bestimmten Handbücher[1]) übergegangen, hängt wohl nicht bloss mit der Eingewöhnung in dasselbe zusammen, sondern war auch dadurch bedingt, dass diese Sammlungen nur Ergänzungen zu den in die Praxis eingebürgerten Digestenwerken bilden sollten[2]). Mommsen[3]) macht mit Recht darauf aufmerksam, wie nothwendig für den praktischen Gebrauch solcher Samm-

---

[1]) Die für den Anfangsunterricht bestimmten Handbücher geben meist ein sachlich geordnetes System. Eigenthümlich verfährt Marcian in seinen Institutionen; in Buch 1—9 folgt er der aus Gajus' Institutionen bekannten Ordnung (entsprechend den ersten beiden Büchern von Gajus); darauf kommen: Mortis causa donatio (noch B. 9), Lex Iulia et Papia B. 10—12, Lex Falcidia und Lex Aelia Sentia B. 13, Iudicia publica, Ius fisci und de usuris B. 14, entsprechend dem zweiten Abschnitt der Digestenwerke, während man nicht erkennt, wo er die von Gajus in Buch 3 und 4 behandelten Materien untergebracht hat. — [2]) Die Digesten Scävolas selbst und wohl auch diejenigen des Marcellus sollten gleichfalls nur zur Ergänzung der älteren Werke dienen, nicht dieselben ersetzen. — [3]) Zeitschrift für Rechtsgeschichte 7 S. 486.

lungen das Festhalten an einer bestimmten Ordnung in einer Litteratur war, welche die Hülfe von Registern nicht kannte.

Dass Pomponius und sein Nachbeter Gajus von dieser Ordnung abgingen, war dadurch veranlasst, dass beide sich auf das Gebiet des Privatrechts beschränkten. Anders stand es mit Paulus und Ulpian. Ihnen galt das in den Digestenwerken zur Darstellung gelangende Material nicht als erschöpfend genug, weshalb sie es vorzogen, den ersten Abschnitt mit dem Ius honorarium wieder zu einem selbständigen Werk zu gestalten, das Ius civile nach dem Sabinussystem zu bearbeiten, und den Rest des zweiten Abschnittes in Einzelschriften aufzulösen.

Die späteren Sammelwerke haben, um eine einheitliche über das ganze Rechtsgebiet sich erstreckende Kompilation zu liefern, auf das Digestensystem zurückgegriffen; wenn Justinian sagt [1]), die Digesten sollten sich der Ediktordnung anschliessen, so ist das nur geschehen, weil eine kurze Bezeichnung jenes Systems sich nicht gebildet hatte [2]). Die Abweichungen sind freilich in den Konstitutionensammlungen und den Justinianischen Digesten theils im Interesse des sachlichen Zusammenhangs theils wegen der Nachträge neuer Materien noch stärker ausgefallen, als wir sie zum Theil schon in den klassischen Schriften bemerken konnten; trotzdem ist die Grundlage noch überall erkennbar.

Von dem Gregorianischen und Hermogenianischen Codex sind zwar die erhaltenen Fragmente sehr dürftig, doch zeigt sich, dass bei ersterem der zweite Digestenabschnitt hinter Buch 10 beginnt; in Buch 13 standen die Titel de donationibus und de patria potestate, im 14. Buch die Iudicia publica. Im Hermogenianus gehört das Ius fisci zu den Schlusskapiteln.

Im Theodosianus ist der auf die Ediktordnung bezügliche Abschnitt auf Buch 2—4 beschränkt; in Buch 5 begegnen uns die dem 2. Abschnitt angehörigen Titel: 1. De legitimis heredibus, 5. De postliminio, auf die patria potestas beziehen

[1]) Cod. 1, 17, 1 § 5. — [2]) Darum behilft sich auch Hermogenian mit der Bemerkung (Dig. 1, 5, 2): *primo de personarum statu ac post de ceteris ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos, ut res patitur, dicemus.*

sich Titel 7. 8, Titel 12 de longa consuetudine findet seinen Vorgänger in Iulians Buch 84. Buch 7 entspricht dem Kapitel De re militari, aus Buch 8 gehören Titel 12. 13 zur Schenkung, 16. 17 zur Lex Iulia et Papia, Buch 9 umfasst die Iudicia publica, Buch 10 und zum Theil Buch 11 das Ius fisci, 11, 30 und ff. die Appellation.

Im Iustinianischen Codex beginnt der zweite Abschnitt am Schluss des 8. Buchs, auf die patria potestas gehen 8, 46—49, auf postliminium 8, 50, auf die consuetudo 8, 52, auf Schenkung 8, 53—55, auf mortis causa donatio 8, 56, auf die Lex Iulia et Papia 8, 57. 58. Das 9. Buch behandelt die Iudicia publica, das 10. Fiskalrecht, endlich 12, 33—46 die res militaris. Aus Justinians Digesten gehören hierher: Buch 48 de publicis iudiciis, 49, 1—10 de appellationibus, 49, 11 de iure fisci, 49, 12 de postliminio, 49, 13—15 de re militari, 50, 16 de verborum significatione.

IV.

Versuch einer Erklärung der L. 7. Dig. sol. matrim. (24, 3).

Von

Herrn Landesrath a. D. **Wiedemann**

in Berlin.

Die lex. 7 Dig. 24, 3 behandelt einen Spezialfall aus der Lehre von der Restitution der Dotalfrüchte; sie bereitet insofern Schwierigkeiten, als die aufgestellte Berechnung mit den anderweit feststehenden Grundsätzen über die Vertheilung dieser Früchte nicht in Einklang zu stehen scheint.

Unter dos versteht man ein Vermögensstück, welches bei Eingehung der Ehe von der Frau oder für dieselbe dem Manne als Beitrag zu den Ehelasten dergestalt überwiesen wird, dass der Mann während der Dauer der Ehe Eigen-

thümer desselben, aber zur Rückgabe nach deren Trennung verpflichtet ist. Die Früchte oder sonstigen Erträge der dos sind, da diese selbst ja zurückgewährt werden muss, ihre Substanz also in der Regel nicht angegriffen werden darf, eben dazu bestimmt, zur theilweisen Deckung der Kosten und Lasten der Ehe verwendet zu werden. Soweit diese Früchte also während der Ehe percipirt werden, erwirbt der Mann das Eigenthum an denselben gegen die Verpflichtung, sie ihrer Bestimmung gemäss zu verwenden. — L. 7 pr. § 1 D. de jure dot. (23, 3). — C. 20 Cod. de jure dot. (5, 12). — Und zwar beginnt die Befugniss des Ehemannes, durch Perception der Dotalfrüchte das Eigenthum an denselben zu erwerben, mit dem Momente, in welchem das zur dos bestellte Vermögensstück wirklich die Natur einer dos erhalten hat, d. h. mit dem Moment, in welchem einerseits die Ehe perfekt geworden, und zugleich andrerseits das betreffende Vermögensstück dem Manne als Eigenthum übergeben ist. Ebenso nimmt dieses Recht des Mannes ein Ende mit dem Aufhören der Ehe. Doch bedarf es hier einer Auseinandersetzung hinsichtlich der Früchte der letzten Wirtschaftsperiode. Die zu einer bestimmten Zeit percipirten Früchte, eingezogenen Zinsen oder Mieths- und Pachtgelder stellen regelmässig den Ertrag einer längeren Periode dar; — diese Wirtschaftsperiode ist nicht nothwendig ein Jahr, sie ist es aber häufig, und ist es namentlich auch in dem Beispiel unserer Stelle, welche von der Bewirtschaftung eines zur dos bestellten Weinbergs handelt. Es wäre nun unbillig, hier die Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten lediglich davon abhängig zu machen, ob die Trennung der Ehe zufällig nach oder vor der Perception der Früchte stattgefunden hat, und im ersteren Falle diese ganz dem Manne, im letzteren ganz der Frau zuzusprechen. Es muss hier vielmehr nothwendig eine Theilung stattfinden, und dieser ist zu Grunde zu legen das Verhältniss der Zeit, während welcher das Grundstück oder der sonst zur dos bestellte Gegenstand in der letzten Wirtschaftsperiode die Eigenschaft eines dotalen hatte, zum Rest dieser Wirtschaftsperiode. Es besteht nun weiter die ausdrückliche Vorschrift, dass bei Berechnung der Antheile nicht etwa von dem Anfangstermin der wirklichen Wirtschaftsperiode zu rechnen ist — also nicht

von Ernte zu Ernte oder nach der contractlichen Pachtzeit —, sondern als Anfangstermin ist stets anzunehmen der Zeitpunkt, als das Grundstück dotal wurde, also, falls die Bestellung der dos vor der Hochzeit stattgefunden hat, der Tag der Eheschliessung, andernfalls der Tag der Uebergabe. — L. 5, 6 D. sol. matr. (24, 3). — Man rechnet also stets so, dass die natürliche Wirtschaftsperiode zwar zu Grunde gelegt, aber auf das Ehejahr reducirt wird. Handelt es sich z. B. um ein Grundstück, welches regelmässig am 1. Juli abgeerntet wird und am 1. Januar zur dos bestellt ist, so wird bei der Auseinandersetzung behufs Berechnung des dem Ehemann gebührenden Antheils das Wirtschaftsjahr nicht vom 1. Juli, sondern vom 1. Januar ab gerechnet. Fand die Trennung also am 1. Oktober statt, so hat der Mann nicht blos auf $^1/_4$, sondern auf $^3/_4$ des letzten Jahresertrages Anspruch.

Die §§ 1, 2 der L. 7 Dig. sol. matrim. lauten nun, wie folgt:

> Papinianus autem libro XI. quaestionum divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit eumque vir ex Kal. Nov. primis fruendum locaverit, mensis Januar. suprema die facto divortio retinere virum et vindemiae fructus et ejus anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est; alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Jan. divortium fiat et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.
>
> E contrario quoque idem observandum est. Nam si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit, et vir ex Kal. Mart. eundem locaverit et Kal. Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium quo dotale praedium fuit ex mercede quae debebitur portionem retinebit.

Der Eingang der Stelle wiederholt lediglich den oben bereits entwickelten Rechtssatz: für die Theilung der Früchte

ist nicht die Zeit, während welcher das Grundstück verpachtet war, sondern die Zeit, während welcher dasselbe dotal war, massgebend. Zur Erläuterung wird dann folgendes Beispiel angeführt: Ein Weinberg wird zur dos bestellt zur Zeit der Weinlese, so dass das eine Mal diese schon von dem Manne, das andere Mal noch vor der Ehe von der Frau percipirt wird. In dem letzteren Falle (§ 2 der Stelle) ist das Exempel einfach: Die dos ist bestellt Ende Oktober, der Weinberg ist verpachtet vom 1. März ab, die Trennung erfolgt am 1. April. Da der Weinberg während fünf Monaten die Eigenschaft eines Dotalgrundstücks hatte, so braucht sich der Mann nicht mit einer Monatsrate des Pachtzinses zu begnügen, sondern hat fünf Monatsraten zu fordern.

Etwas complicirter liegt der Fall des § 1: Am 1. Oktober ist die Ehe geschlossen und der Weinberg zur dos bestellt. Im Oktober erntet der Ehemann denselben ab und verpachtet ihn dann vom 1. November ab. Am letzten Januar des folgenden Jahres, also nach viermonatlicher Dauer der Ehe, dreimonatlicher des Pachtcontrakts — wird die Ehe getrennt. Wie ist zu theilen? Die Verwickelung ist dadurch herbeigeführt, dass während der Dauer der Ehe von dem Manne Früchte aus zwei verschiedenen Wirtschaftsperioden, die Weinernte und der Pachtzins, percipirt sind. Dass er einfach das, was er percipirt hat, behält, würde unbillig sein — so entscheidet Papinian. Denn dann müsste er ja auch, wenn die Scheidung am Tage nach der Weinlese erfolgt, den ganzen Ertrag der Ernte behalten dürfen. Nach dem Wortlaut der Stelle soll er vielmehr bekommen den dritten Theil der Summe, welche man erhält, wenn man den Ertrag der Weinlese und einen Vierteljahrszins zusammenrechnet. Dieses Resultat scheint jedoch mit dem obigen Theilungsprinzip nicht in Einklang zu stehen.

Die Schwierigkeit liegt nicht sowohl darin, wie, als vielmehr: was getheilt werden soll. Gehört zur Theilungsmasse nur der Ernteertrag oder nur eine Jahrespacht oder das arithmetische Mittel zwischen beiden oder — eine Eventualität, welche bisher die Billigung keines der Ausleger der Stelle [1])

[1]) Als solche sind insbesondere zu nennen: Böcking (Pandekten III. § 14), Bolze (im Archiv f. civil. Pr. Bd. 61 S. 321), Brandis (im Archiv

erhalten zu haben scheint — der Ernteertrag **und** eine Jahrespacht?

Nach den Grundsätzen des römischen Dotalrechts kommt zur Theilung der Ertrag des Jahres, welches mit dem 1. Oktober, dem Hochzeitstage, beginnt und mit dem nächsten 30. September endigt. Von diesem Ertrage gebührt dem Manne $^1/_3$, der Frau $^2/_3$.

Zunächst folgt hieraus, dass der Ertrag der Weinlese getheilt werden muss. Denn nur die vor der Ehe bereits percipirten Früchte werden zum Kapital der dos geschlagen und sind mit dieser zu restituiren; — L. 7 § 1 D. de jure dot. (23, 3). — L. 6 D. sol. matr. (24, 3). — Die während der Ehe erworbenen Früchte hingegen gehören dem Manne, die im Trennungsjahr erworbenen und noch zu erwerbenden werden pro rata temporis getheilt. Es kommt also wesentlich auf den Zeitpunkt der Perception an. Nun ist der Weinberg während der Ehe abgeerntet, sein Ertrag ist also — wiewohl er wirtschaftlich den Gewinn des vorhergehenden, nur mit einem Monate noch in die Ehe fallenden Jahres darstellt — während des Jahres, in welchem die Trennung der Ehe erfolgt, erworben; daher muss er getheilt werden, und $^1/_3$ davon erhält der Mann.

Der Weinberg ist aber ferner in dem Trennungsjahre verpachtet worden; auch die Pacht bildet daher einen Ertrag desselben aus dem Jahre, in welchem die Trennung der Ehe stattgefunden hat. Auch die Pacht muss daher getheilt werden; und zwar kommt es dabei wieder nicht auf den Termin an, von welchem ab thatsächlich der Pachtcontrakt abgeschlossen ist, — es sind also nicht etwa blos $^{11}/_{12}$ der Jahrespacht zur Theilung zu bringen, und ebenso wenig erhält etwa der Mann entsprechend der Zeit, während welcher das Grundstück bis zur Trennung verpachtet war, von der Jahrespacht nur den Antheil für drei Monate — sondern für die Theilungsberechnung wird fingirt, dass die Verpachtung mit dem Tage der

---

für civil. Pr. Bd. 69 S. 268), Cocceji (im ius civile controversum), Connanus (comp. iur. civ. tom. 2 lib. 8 cap. 10), Duarenus (annivers. lib. 1 cap. 60), Franke (im Archiv für civil. Pr. Bd. 30), Hasse (comment. de variis eorum sententiis, qui in expl. l. 7 D. s. m. vulgatam interpretationem reliquerunt), Vangerow (Pandekten I. § 220).



Eheschliessung begonnen habe. Der Mann hat also auch von dem Jahrespachtzins $^1/_3$ zu beanspruchen, erhält sonach im Ganzen $^1/_3$ der Weinlese und $^1/_3$ des jährlichen Pachtzinses.

Dieses Ergebniss erscheint befremdend, da ja so in Wirklichkeit nicht der Ertrag eines, sondern der zweier Jahre getheilt wird, und deshalb der Ehemann, obwohl die Ehe nur vier Monate gedauert hat, eine Summe erhält, welche dem Durchschnittsertrage von acht Monaten gleichkommt. Es ist das aber einerseits die strenge Consequenz des römischrechtlichen Grundsatzes, dass für die Berechnung des Jahres, dessen Ertrag zur Theilung kommt, es nicht auf die wirkliche wirtschaftliche Nutzungsperiode ankommt, sondern allein der Zeitpunkt, zu welchem das Grundstück dotal wurde, entscheidend ist. Andrerseits kann man auch nicht behaupten, dass diese Theilung der Billigkeit, d. h. dem vorauszusetzenden Willen der Eheleute bei Eingehung der Ehe, widerspreche, oder die Frau durch dieselbe benachtheiligt werde. Denn daraus, dass der Weinberg unmittelbar vor der Ernte dem Ehemann übergeben wurde, darf geschlossen werden, es sei die Absicht der Frau gewesen, dass auch schon dieser erste Ertrag des Grundstücks als Beitrag zu den Ehelasten dienen solle. Es ist daher ganz folgerecht und diesem Willen entsprechend, wenn bei Trennung der Ehe auch der Ertrag der gleich zu Anfang percipirten Weinlese dem zur Theilung gelangenden Jahresertrage hinzugerechnet wird. Wollte die Frau diese Consequenz vermeiden, so fehlte es an Mitteln dazu nicht. Davon ganz abgesehen, dass die Uebergabe der dos bis nach der Weinlese hätte aufgeschoben werden können, war es auch zulässig — aber es bedurfte hiezu einer besonderen Abmachung, und war daher keineswegs selbstverständlich — zu verabreden, dass bei Trennung der Ehe inmitten der wirklichen Wirtschaftsperiode der Ertrag der alsdann bevorstehenden Weinlese, bezw. die ganze Jahrespacht ungeschmälert der Frau verbleiben solle. — L. 31 D. de pact. dotal. (23, 4).

Steht sonach fest, dass im vorliegenden Falle der Mann $^1/_3$ sowohl von der Weinlese als von der Jahrespacht zu erhalten hat, so wird sich weiter fragen: wie ist damit unsere

Stelle in Einklang zu bringen, die ihm ausdrücklich nur $^1/_3$ von der Weinlese und einer Vierteljahrspacht zuerkennt?

Betrachten wir einmal näher die thatsächlichen Voraussetzungen, von welchen Papinian bei der Motivirung dieser Entscheidung ausgeht. Er sagt: dass der Mann Alles behalten sollte, was er percipirt hat, die Ernte sowohl als die Pacht für ein Quartal, wäre unbillig; er müsste ja sonst auch, wenn gleich nach der Ernte die Ehe getrennt wäre, also nur einen Monat bestanden hätte, den ganzen Ertrag der Weinlese behalten. Daraus ergiebt sich zweierlei: 1. dass nach der Voraussetzung Papinians der erste Quartalspachtzins von dem Ehemann bereits vereinnahmt ist, denn er gebraucht in Bezug auf diesen ebenso, wie hinsichtlich der Weinlese den Ausdruck: retinere, behalten; 2. dass die Argumentation, welche die Unbilligkeit der Annahme beweisen soll, (alioquin si coactis vindemiis etc.) sich durchaus nicht dagegen richtet, dass der Mann diese Quartalsrate, sondern nur dagegen, dass er auch den vollen Ertrag der Ernte behalten soll. Es lag auch in der That nicht die mindeste Veranlassung vor überhaupt die Frage zu erörtern, ob etwa der Mann auch die Quartalspacht, welche während der Ehe percipirt ist und den Entgelt für eine ausschliesslich in die Zeit der Ehe fallende Periode darstellt, zur Theilungsmasse herauszuzahlen habe. Papinian konnte es sehr wohl als selbstverständlich ansehen, dass diese Pachtrate ungeschmälert dem Manne verbleiben muss, und daher über diesen Punkt stillschweigend hinweggehen. Nimmt man das an, so ist unter der quarta portio mercedis, von welcher er spricht, nicht die bereits bezahlte, sondern die nächstfällige Vierteljahrsrate zu verstehen. Mit den Worten des Textes stimmt diese Erklärung offenbar vollkommen überein. Denn die Worte instantis anni passen nicht nur ebenso gut, sondern ihre ursprüngliche Bedeutung wird noch besser getroffen, wenn man sie auf das mit dem 1. Februar beginnende bevorstehende, als wenn man sie auf das vom 1. November gerechnete laufende Jahr bezieht. Noch deutlicher ist das in dem zweiten Beispiel des § 2, welches doch ganz analog liegen soll, ausgedrückt, indem dort von einer merces quae debebitur, also von einer noch ausstehenden Pachtrate gesprochen wird.

Der Sinn der Stelle ist also: der Mann hat bereits erhalten und behält 1/4 der Jahrespacht. Die Theilungsmasse wird gebildet (confundi debebunt) aus dem von dem Manne percipirten Ertrag der Weinlese und aus dem entweder inzwischen von der Frau percipirten oder noch ausstehenden Pachtzins des mit dem 1. Februar beginnenden Pachtquartals. Von dem Gesammtgeldwerth dieser Masse (ex ea pecunia) erhält der Mann 1/3, oder vielmehr dieses wird ihm belassen (relinquatur), da er ja in dem Ertrag der Weinlese jedenfalls mehr erhalten hat, als ihm gebührt, also im Gesammtresultat herauszahlen muss. Der Mann bekommt zu seinem 1/4 der Jahrespacht also noch hinzu 1/3 der Ernte und 1/12 der Pacht; sein Antheil macht damit im Ganzen 1/3 der Ernte und der Jahrespacht aus.

V.

Amoenitates iuris.

Von

Alfred Pernice.

IV.

Ordo salutationis et commodorum.

Die nachstehende Inschrift ist unter den Trümmern des Marktes der alten Kolonie Thamuga (j. Timghâd) in Numidien (Marquardt, Stvw. 1, 481) aufgefunden, und zuerst von A. Poulle, nach ihm von J. Schmidt (Ephem. epigr. 5, 386) herausgegeben. Nach einem neuen, von Poulle selbst hergestellten Abklatsche hat dann Mommsen an einigen Stellen wesentlich besseres gelesen und die Inschrift mit eingehenden Erläuterungen veröffentlicht (Ephem. epigr. 5, 629). Der Inhalt ist für das Aemter- und Gerichtswesen des 4. Jahrhunderts so wichtig,

dass ich ihn durch Neudruck den Juristen bekannter und zugänglicher machen möchte. Meine Bemerkungen fussen erklärlicherweise überall auf Mommsens Kommentare und auf J. Gothofred.

Ex au[ctori]tate Vlpi Mariscia|ni, u(iri) c(larissimi), consularis sexfascalis, | promoti primo a domino nostro | inuicto principe Iuliano, ordo sa|lutationis factus est et ita ad perpetui|[t]atis memoriam aere incisus. 5

primo | senatores et comites et ex comitibus | et admin[ist]ratores;
secundo prin|ceps, cornic[ul]ar[ius, pa]latini;
ter[t]io co|ronati . . . . . 14 . . . 10
[quart]o promoti of|ficiales . . . . . tus cum ordi | . . ni
[quinto offi]ciales ex ordine.

Item | qu[anta com]moda consequi debeat prin|ceps. ad off[icia]lem intra ciuitatem dan|dum Italic[os] tritici modios quinque | aut pretium frumenti; intra deci|mum modios septem aut pretium mo|diorum septem. etiam per dena mi|lia bini modi uel eorum praetia | subcrescant. si mittendus sit tra|ns mare centum modi uel modio|rum centum praetium sufficiet.| 15 20
Cornicularius et commentarien|sis medietatem huius summae com|modi nomine consequentur. 25
Sco|lastici in postulatione simplici | quincue modios trittici uel quin|que modiorum praetia consequen|tur, in contradictione decem modi|os tritici uel decem modiorum prae|tium consequantur; in urguenti, | qui finienda sit, quindeci modios uel| quindeci modiorum praetia conse|quantur; exceptores in postulatio|ne quinque modios tritici uel quin|que modiorum praetium consequan|tur, in contradictione duodeci m|[o]dios tritici uel duodeci modiorum | praetium consequantur; [i]n definita cau|sa uiginti modios trittici uel uiginti | modiorum praetia consequantur. 30 35 40
Car|ta in postulatione singuliiumi suffici|unt maiores, in contradictionibus | quaternos maiores, in definito nego|tio numquam amplius quam sex a liti|gatore exigi oportebit. 45
Libellensis in li|bello uno duos modios tritici uel duorum | modiorum pretium debebit accipere.

50 Of|ficialis missus intra ciuitate duos mo|dios trittici uel duorum modi[o]rum pretium consequatur.

---

9 Es fehlen etwa 14 Buchstaben; 7 und 8 vielleicht n c; de Rossi ergänzt: corona[ti prouinciae quart]o. 13 Die Ergänzung ist sehr unsicher. 31 *l.* quae. 42 nach Mommsen wahrscheinlich: sinplici Ī, d. h. simplici singulare. 44 *l.* quaternae; der Fehler wol weil IIII in der Vorlage stand.

Die Ordnung rührt von Ulpius Mariscianus her, der zwischen 361 und 363 unter K. Julian Statthalter von Numidien war; der Titel *consularis sexfascalis* ist für diesen Statthalter üblich[1]. Das Ganze stellt sich äusserlich als einen ediktsartigen Erlass dar, der öffentlich bekannt gemacht wird. Es ist zweifellos, dass auch in dieser Zeit noch den Präsiden das formale Recht zustand Edikte (*διατάγματα*) zu geben[2]. Eine Art von edictum perpetuum pflegt der antretende Statthalter in die Provinz vorauszuschicken; erst Justinian hat diese Sitte aufgehoben[3]. Indes liegt auf der Hand, dass die Präsiden nicht wagen durften, selbständige Anordnungen zu treffen; sie musten sich in Uebereinstimmung mit dem kaiserlichen Willen halten: so war es ja anscheinend seit Hadrian mit dem ed. perpetuum selbst. Daher kann denn Mariscian sagen, er habe die Audienzordnung 'zu ewigem Gedächtnis' in Erz graben lassen, d. h. wie eine lex in perpetuum ualitura. Man darf hiernach annehmen, dass ähnliche oder gleiche Satzungen in den übrigen Provinzen bestanden.

Der Erlass zerfällt in zwei von einander unabhängige Teile. Der kleinere erste Teil ist

I. der ordo salutationis, wie er sich selber nennt. Die *salutatio* der Würdenträger ist ein Recht ausgezeichneter Personen in der Provinz. Die 'Begrüssung' umfasst *amplexus, osculum, consessus* (Umarmung, Kuss, Zusammensitzen = Besuch)[4]. Ob allen Zutrittsberechtigten alles dreies gestattet

---

[1]) Ephem. epigr. 5, n. 766, 27 p. 499; n. 907, 10 p. 446; Marquardt 1, 471 f. — [2]) C. 2 de sport. 3, 2 = Bas. 7, 6. 18. — [3]) Fr. 4 § 3 de off. proc. 1, 16; Nov. 95, 1. 2: *τοὺς διαδόχους αὐτῆς τῆς ἀρχῆς μὴ ὑπερορίως πέμπειν τὰ καλούμενα διατάγματα.* — [4]) C. 109 C. Th. de decur. 12, 1: *osculum* quoque his (curialibus) in prouincia iudicantum

war, kann dahin gestellt bleiben. So nimmt Tiridates den *complexus prouincias obtinentium* für sich in Anspruch[1]), und Sever bestraft als Proconsul einen Plebejer, der ihn küsst[2]). Die Bureaus (officia) werden wiederholt angewiesen, die 'Begrüssenden' zuzulassen, und es werden Bussen für die Verweigerung des Zutrittes zum Würdenträger angedroht[3]). So wie der Kreis der Personen, die zur Salutation befugt sind, so ist auch die Reihenfolge unter ihnen von den Kaisern gesetzlich bestimmt. Diese Reihenfolge mag sich verschieben, aber der Willkür des einzelnen Präfekten und Statthalters muss sie entzogen sein. Denn sie entspricht dem Range der Salutanten, und dieser kann natürlich nur vom Kaiser festgestellt werden. Das geschah durch den *ordo adorationis*, die genaue und gesetzliche Ordnung für die Audienzen beim Kaiser selbst[4]); *adoratio* und *salutatio* sind aber ganz das nämliche. Wir haben deutliche Spuren, dass für beide die gleiche Reihenfolge galt[5]).

In erster Linie stehen nach unserem Edikte die *senatores*. Das bedeutet nach Mommsens gewis richtiger Meinung alle Männer senatorisches Standes, also alle *clarissimi* in der Provinz, gleichgiltig ob sie ein Amt haben oder nicht. In der Tat ist gar kein Anlass die Reichsräte als solche hier ausdrücklich zu nennen. Gibt man dem Worte aber diese umfassende Deutung, so muss man unter den folgenden *comites*

et *consessus* indultus est; c. 4 C. Th. de dom. 6, 24: domestici ac protectores *osculi*, cum salutauerint uicarios tui culminis, habeant potestatem.

[1]) Tacitus *ann.* 13, 31. — [2]) V. Seueri 2, 6: 'legatum p. R. homo plebeius temere amplecti noli'. — [3]) C. un. C. Th. de com. uac. 6, 18: ac ne impune ullius temeritas *contra statutum nostrum* possit audere, X librarum auri officiis omnibusque, quos salutationis cura constringit, damnum praecipimus imminere; c. 5 C. Th. de prox. 6, 26 (dazu Gothofred); c. 16 eod.: et sicuti reliqui . . . liberum cum ordinariis iudicibus *ingressum* in secretarium *consessumque* habere *legibus* meruerunt etc.; von der anderen Seite c. 1 C. Th. de off. iud. 1, 16; vgl. c. 10 C. Th. de ag. in r. 6, 27; c. 2 C. I. de off. ciu. iud. 1, 45. — [4]) Darüber Gothofred zu c. 1 C. Th. de praep. s. cub. 6, 8. — [5]) C. 1 C. Th. de dec. et sil. 6, 23: decuriones nostri palatii . . . inter eos, qui ex ducibus sunt . . esse praecipimus in *adoranda* nostra serenitate et in *salutandis* administrantibus; c. 2, c. 8 § 2 C. Th. de princ. ag. in reb. 6. 28; c. 5 de ag. in r. 6, 27 (mit Gothofred).

notwendig nur die Inhaber der beiden niederen Comitiven verstehen [1]; denn die *comites primi ordinis* sind ohne weiteres *clarissimi.* Die *ex comitibus* sind allem Anscheine nach Geheimeräte dritter Klasse, gleich den *comites tertii ordinis* (Mommsen p. 634 sq.). Denn verdiente Gemeinderäte erhalten nach Verordnungen von 371 und 394 den 'Charakter' als ex comitibus, nach einer Verordnung von 392 die dritte Comitiv [2]. Die *administrantes,* die sich nun anschliessen, sind, wie Mommsen hervorhebt, schwerlich kaiserliche Beamte; denn diese stecken bereits alle in den vorher aufgeführten Rangklassen. Gerade an die letzterwähnten fügen sich vortrefflich die Gemeindebeamten an; sie würden unter den Zutrittsberechtigten sonst ganz fehlen, — und das ist unmöglich [3]. Der Ausdruck *administratio* wird wenigstens auf die curatores reip. gelegentlich angewendet [4]. So sind es also Leute verschiedener Rangstufen, die gleiches Recht auf Audienz beim Statthalter haben.

In den folgenden Klassen sind (von den rätselhaften *coronati* vorläufig abgesehen) lediglich Bureaubeamte (officiales) aufgezählt. Es sind teils die Beamten der Statthalterkanzlei selbst, — wobei man sich erinnern mag, dass der abtretende Präses seinem Nachfolger die cohors an die Grenze entgegenschicken sollte [5]; — teils Unterbeamte der Centralverwaltung, die in der Provinz Geschäfte haben.

Die ersten beiden, der *princeps* und der *cornicularius,* sind die Vorstände der Provinzialkanzlei: darum treten sie in der Einzahl auf. Neben ihnen stehen nach Mommsens sicherer Ergänzung die *palatini.* So pflegen vorzugsweise die Unterbeamten der beiden Reichsfinanzminister zu heissen, die zur Beaufsichtigung der Steuererhebung in die Provinzen gehen [6]. Aber es ist unläugbar, dass der Ausdruck amtlich auch für die Subalternen der Centralstelle überhaupt verwendet wird [7].

---

[1]) Ueber die drei Klassen der comites Gothofred c. un. C. Th. de com. et trib. 6, 13. — [2]) C. 75, c. 109 C. Th. de decur. 12, 1; dagegen c. 127 eod. — [3]) Sogar die Curialen haben Zutritt: s. oben S. 115 A. 4. — [4]) C. 20 C. Th. de dec. 12, 1. — [5]) Nov. 95, 1. 2: *ἀλλὰ πρὸ δύο μόνων ἡμερῶν τοῦ τῆς ἐπαρχίας ἐπιβῆναι . . στέλλειν πρὸς αὐτὸν* (den Vorgänger) *φιλίαν ἐπιστολὴν βουλομένην τὴν τάξιν ἐκπεμφθῆναι πρὸς ὑπάντησιν αὐτοῦ.* — [6]) Vor allem Gothofred, parat. C. Th. 6, 30. — [7]) C. 1, c. 15 C. Th. de priuil. eor. 6, 35.

Daher ist es wol besser, ihn hier in diesem weiteren Sinne zu nehmen.

Ob der Rest der 'Besucher' in mehrere (3) Klassen gesondert war, ist ebenso ungewis, wie die Bedeutung der noch genannten Persönlichkeiten. Unter den *promoti officiales* wird wol eine höhere Klasse von Bureaubediensteten begriffen: sie werden mehrmals schlechthin als *promoti* bezeichnet, mit der Strafe der Versetzung in eine niedere Klasse bedroht [1]), und den *munifices* entgegen gestellt; diese aber sind gemeine Soldaten, im Gegensatze zu den promoti [2]), sie entsprechen also den untersten Stufen der Subalternen [3]). Daran schlössen sich dann als letzte Klasse die *officiales ex ordine* sehr passend an.

Die gröste Schwierigkeit aber machen die *coronati,* die zwischen die Bureauvorstände und die promoti eingeschoben sind. Mommsen hält sie nach de Rossi trotz mancherlei Bedenken für gleichbedeutend mit den *sacerdotes prouinciae* (p. 637 sq.). Das sind heidnische Priester, die aber ihren religiösen Charakter so ziemlich abgestreift haben und daher auch für die christlichen Untertanen als Anwälte bei den Behörden auftreten. Diese Einrichtung hat (nach der üblichen Auslegung) erst Honorius 407 auf Bitten der afrikanischen Synode abgeschafft [4]). Dass der Ausdruck *coronati* für diese

[1]) Si uero miles uel *promotus* huius modi crimen incurrerit super eius nomine uel *gradu* ad uos referatur: c. 2 § 3 C. Th. 9, 21 (Constantin); c. 2 C. Th. 9, 26: nullus omnino principatum uel cetera officia repetere audeat . . at si quispiam *promotorum* denuo ad id munus irrepserit et q. s. Arc. und Hon. c. 2 C. Th. 8, 5: qui contra hanc fecerit sanctionem *promotus* regradationis humilitate plectetur, munifex poenam deportationis excipiat. — [2]) Davon Vegetius 2, 21, wo die Beförderung der Subalternbeamten zum Vergleiche herangezogen ist. — [3]) Fr. 18 de V. S.: tertio officium, unde *munera* militaria, et quosdam milites munifices (Fl. munificos) uocari; Ammian 16, 5. 3: munificis militis uili et fortuito cibo contentus; 25, 2. 2: (pultis portio) etiam munifici fastidienda gregario; Veget. 2, 7 a. E.: reliqui (die nicht Chargierten) munifices appellantur, quia munia facere coguntur (Fest. *ep.* p. 33.). — [4]) C. 38 C. Th. de episc. 16, 2: atque hoc ipsis (ecclesiis) praecipuum ac singulare deferimus, ut quaecumque de nobis ad ecclesiam tantum pertinentia fuerint impetrata non *per coronatos,* sed per *aduocatos* eorum arbitratu et iudicibus innotescant et sortiantur effectum. *sacerdotes* uero *prouinciae* erunt solliciti, ne . . . . aliquid his inferatur incommodi.

sacerdotes im 3. und 4 Jahrhunderte vorkam, steht ausser Frage[1]. Indes ist einmal die Stellung dieser Leute hier unter lauter Subalternbeamten höchst eigentümlich. Dann aber gestattet, wie schon Mommsen bemerkt hat, der Wortlaut des Erlasses des Honorius es kaum, unter den an erster Stelle genannten *coronati* die nämlichen Personen wie unter den nachher erwähnten *sacerdotes* zu verstehen. Die Synode bittet, die kirchlichen Angelegenheiten bei den Behörden durch *scholastici,* freigewählte Anwälte, vertreten lassen zu dürfen; der Kaiser erwiedert, man solle statt der *coronati aduocati* haben, aber unter Aufsicht der *sacerdotes:* die verbetenen Priester würden so in noch mehr massgebender Stellung zurückkehren; das scheint unmöglich: die beseitigten *coronati* müssen eine andere Funktion haben. Auf einen völlig verschiedenen Weg weist eine Kombination von O. Hirschfeld (archäol.-epigr. Mittheilungen 9, 23 ff.). Eine von Wattenbach (Büdingers Untersuchungen zur röm. Kaisergeschichte 3, 323 ff.) zum ersten Male lesbar herausgegebene christliche Erzählung führt die Ueberschrift: *passio quattuor coronatorum.* Zuerst wird hier über die Hinrichtung von fünf christlichen Steinbruchsarbeitern in Pannonien, dann, ohne inneren Zusammenhang damit, über das Martyrium von vier römischen Blutzeugen aus diocletianischer Zeit berichtet. Es ist klar, dass sich die Ueberschrift nur auf die vier letzten Märtyrer beziehen kann, die allmählich Namen erhielten und in Rom als *quattuor coronati* verehrt wurden. Diese vier nun werden in der Erzählung selbst als *cornicularii* bezeichnet. Damit kann nicht eine militärische Stellung gemeint sein, sondern nur ein Bureaudienst. Denn die Leute gehören zu den *omnes militiae, maxime autem urbanae praefecturae milites,* welche zur Einweihung des Asklepiostempels erscheinen musten (§ 9). Der Stadtpräfekt aber hat ums Jahr 300 nicht mehr die halbmilitärische Stellung der ersten Kaiserzeit. Wenn die *cohortes urbanae* auch noch vorhanden sind[2], so kann man sie doch unmöglich als *militiae* bezeichnen; sie sind auch dem Stadtpräfekten nicht mehr untergeben. Damit stimmt es, dass die

---

[1] Orelli 2170, 2171; Gothofred zu C. Th. 16, 2. 28. — [2] Marquardt 2, 483. —

spätere (freilich schlimm verworrene) Ueberlieferung unter den Märtyrern einen *primiscrinius* und einen *commentariensis* findet (Büdinger S. 376). Hiernach würden unter den *coronati* Bureaubeamte zu verstehen sein. So gewönne denn auch der Erlass des Honorius einen zufriedenstellenden Sinn: die Interessen der christlichen Kirchen sollen nicht mehr von abhängigen Subalternen, sondern von selbständigen Advocaten vertreten werden, wie es die Synode erbeten hatte[1]). Sind hiernach die *coronati* als Officialen anzusehen, so müssen sie eine höhere Stufe einnehmen; denn sie stehen hier zwischen den beiden Primaten[2]) und den *promoti.* Hirschfeld meint, der Ausdruck umfasse auch die beiden obersten Grade mit; und vermutlich habe in der Lücke nach *coronati* '*reliqui*' gestanden. Das letztere wäre nicht nötig; wie vorher bei den *comites* (S. 116 f.) könnte hier das Wort, was die höheren Stufen mitbezeichnet, nur die niederen Grade der oberen Aemter zusammenfassen. Möglich wäre aber auch, dass wirklich noch eine besondere Stufe hinter den beiden Vorständen gemacht wurde; so spricht ein Erlass von 389 von *princeps, cornicularius* und *capita,* die zur Verantwortung gezogen werden sollen[3]).

II. Der zweite Teil des Erlasses setzt die 'commoda', d. h. die Sporteln fest, die bei der Processführung zu erlegen sind[4]). Im Jahre 331 hatte Constantin den Officialen bei harten Strafen verboten, Vergütigungen von den Parteien zu fordern oder anzunehmen[5]). Unser Edikt lehrt, dass durch diese Bestimmung das eigentliche Sportelwesen nicht beseitigt,

---

[1]) Beschluss des Concils von Karthago bei Gothofred ad h. l.: placuit . ., ut petant . . . . a gloriosissimis imperatoribus, ut dent facultatem defensores constituendi scholasticos, qui in actu sunt, ut more sacerdotium prouinciae . . . . habeant facultatem pro negotiis ecclesiarum . . . ingredi iudicum secretaria. — [2]) Cassiodor *Var.* 9, 19: ut iure inter primates assistat (cornicularius); freilich c. 46 C. Th. de haer. 16, 2 erscheinen drei Primates. — [3]) C. 5 C. Th. de prox. 6, 26. — [4]) Der Ausdruck *commoda* ist für die Bezüge der Soldaten technisch, für die ordentlichen, den Sold und die Naturalleistungen der Provinzialen, wie für die aussergewöhnlichen Zuwendungen bei besonderem Anlasse (fr. 23 de adim. leg. 34, 4). Danach erscheint das Wort denn auch schon früh für die Amtseinkünfte aus einer militia: Celsus fr. 22 de leg. 2. — [5]) C. 7 C. Th. de off. rect. 1, 16.

vielleicht gar nicht getroffen wurde. Und in der Tat werden wenigstens in einem Erlasse Valentinians v. 370 die Abgaben an den Princeps (commodum) erwähnt[1]). Die schlecht überlieferte, dunkle Stelle untersagt anscheinend dem Princeps, Gebür für die Einführung der Partei beim Rector zu erheben: dazu war er ohnehin nicht befugt. Hierdurch aber wird eine andere Deutung des constantinischen Erlasses nahe gelegt, die sich dem Wortlaute enger anschliesst. Nicht abschaffen sollte er die Sporteln, sondern nur die Ausbeutung der Parteien durch die Officialen verhindern. Es kann damit sehr gut bestehen, dass die Beamten für wirklich geleistete Dienste nach wie vor Entgelt erhuben: und auf dieses sind denn auch in unserem Edikte die Sporteln beschränkt. Selbstverständlich durfte diese Ordnung vom Statthalter wieder nur im Einklange mit dem Willen des Kaisers eingeführt werden. Später wenigstens ist das Sportelwesen im ganzen Reiche gleichmässig geregelt[2]).

In dem ganzen Edikte handelt es sich lediglich um Sporteln im Civilprocesse, wie schon Mommsen hervorgehoben hat. Dafür ist es besonders bezeichnend, dass mitten unter den im Singulare aufgeführten einzelnen Statthaltereibeamten *scholastici* und *exceptores* auftreten. Die ersten sind ohne Frage aduocati. Sie gehören natürlich nicht zum Bureau, sondern sind vom Statthalter bei seinem Gerichte zugelassene, bestätigte und beaufsichtigte Anwälte[3]). Sie beziehen keinen Gehalt, sondern empfangen von den Parteien für ihre Dienste Vergütigung *(merces)*. Dieser Anwaltslohn ist schon lange erlaubt und klagbar[4]), und wird von Diocletian in seinem Warentarife berücksichtigt. Hieraus darf man doch wol auch schliessen, dass die übrigen commoda gleichfalls nicht erst von Julian und Mariscian neu eingeführt worden sind. — Aehnlich ist das Verhältnis der *exceptores*, der Lohnschreiber und Stenographen (*ταχυγράφος*). Sie sind ursprünglich nicht Glieder des Officiums und bekommen keinen Gehalt[5]). Später

[1]) C. 5 pr. C. Th. de def. ciu. 1, 25. — [2]) C. 1 § 17 C. I. de off. pr. pr. Afr. 1, 27: sportulas . . . sic exigi iubemus, quomodo in nostris legibus est dispositum et ob omni republica nostra custoditur. — [3]) Vgl. Bethmann-Hollweg 3, 161 ff. — [4]) Festgabe f. Beseler S. 69. — [5]) C. 17 C. Th. de diu. iud. 8, 17: exceptores omnes iudicibus obse-

aber steht das zweifellos anders: schon in der notitia dignitatum werden sie durchgängig unter den Officialen mit aufgeführt. Eine solche schnelle Veränderung ihrer Rechtsstellung ohne die Spur einer gesetzlichen Vorschrift ist kaum denkbar. Darum hat Mommsens Vermutung viel Wahrscheinlichkeit, dass es schon von früher her zwei Arten von Exceptoren gab: Officialen und solche, die in lockerer Verbindung mit einer Behörde den Privaten bei ihren Schreibereien sich zur Verfügung stellten. Hier handelt es sich um die letztere Gruppe.

Die Gebüren werden für jeden einzelnen gerichtlichen Akt entrichtet, und zwar so, dass das Geld regelmässig einem bestimmten Beamten zufällt; sie werden mit dem Lohne für Anwälte und Schreiber ganz auf demselben Fusse behandelt; von einer Abstufung nach dem Werte des Streitgegenstandes ist nicht die Rede[1]: alles das zeigt, dass die Sporteln hier nicht als Kosten der Rechtspflege als solcher, sondern als Vergütigung für wirkliche Mühewaltungen anzusehen sind. Zugleich aber ist klar, wie nahe gerade hier die Gefahr liegt, dass zuviel oder etwas für vorgebliche Dienste gefordert werde.

Die Ansätze sind durchgängig in Getreide gemacht; es darf dafür aber auch der 'Preis' eintreten: beides ist als reine Alternative hingestellt. Das ist neu; aber es lässt sich durch Analogien erklären. Was Offiziere und Soldaten an Leistungen unmittelbar von Statswegen oder mittelbar als Teil der Provinzialsteuer durch die Untertanen erhalten, das wird ihnen grundsätzlich in natura gewährt: *annona* (Speise und Trank) und *capitus* (Heu und Stroh für die Pferde). Ebenso wurde es begreiflich mit den Bureaubeamten gehalten, die ja ursprünglich Soldaten waren und fortdauernd *milites* hiessen. Später wurden viele dieser Leistungen, aber nicht alle, in Geldzahlungen umgewandelt. Die 'Adnotation' erfolgte wesentlich im Interesse der Provinzialen, die nicht durch rücksichtslose und unzeitige Einforderung der Leistungen bedrückt werden sollten[2]. Es wird der Marktpreis als Aequivalent

---

quentes, qui nec militiam sustinent neque a fisco ullas consequuntur annonas et q. s.

[1]) Anders unter Justinian: Theophilus 4, 6. 24. — [2]) C. 31 C. Th. de erog. mil. 7, 4.

angenommen[1]). Das geschieht allem Anscheine nach in der Weise, dass die Beamten nach wie vor die annona selbst beanspruchen, dass aber die Steuerpflichtigen durch die Leistung des Geldwertes sich lösen dürfen, also eine sogenannte facultas alternatiua[2]). Man geht wol mit der Annahme nicht fehl, dass die Sporteln ganz ebenso behandelt wurden[3]).

Schon dass ein fester Tarif bestand, war für die Parteien eine Woltat. Ob der unsrige hoch oder niedrig war, sind wir ausser Stande mit voller Sicherheit zu beurteilen. Denn die mehrfachen, von Mommsen angedeuteten Wege einer Gleichung der Getreideansätze mit Geld, insbesondere mit heutigem Gelde, führen zu ganz verschiedenen Ergebnissen. Am zuverlässigsten scheint mir noch die folgende Erwägung. Valentinian III. sagt im Jahre 445: *id est tritici ad singulos solidos Italicos quadraginta*[4]), also er setzt 40 modii = 1 sol. = 12,69 Mk. Allein dieser Ansatz scheint ganz besonders niedrig. Denn wir wissen, dass im getreidereichen Africa etwa 365 ein kaiserlicher Beamter für einen Solidus im teueren Jahre 10 Modien verkaufte, im billigen 30 Modien einkaufte[5]). Und das stimmt mit dem Preise im fruchtbaren Syrien[6]); dem K. Julian scheint der Preis von einem Solidus für 10 Modien zu hoch; er lässt darum 15 dafür aus den Statsmagazinen ab[7]). Endlich wird vom K. Valentinian I. be-

---

[1]) C. 10, c. 28, c. 36 eod. — [2]) C. 1, c. 20 sq. eod.; namentlich c. 18 (393): ne quis pro speciebus annonariis pretia temptet exigere, uel si contra legem datam uenire temptauerit, nec illud quod in pretio expetiit permittatur exigere nec illud quod suo tempore accipere in speciebus neglexerit, consequatur. — [3]) Mommsen p. 643 sq. bringt den Ansatz in Getreide mit der Währungs- und Münznot in Beziehung. — [4]) Nou. Valent. 3, 18. 4. — [5]) Ammian 28, 1. 18 (man darf annehmen, dass ein Statthalter besonders billig kauft). — [6]) Mommsen, röm. Geschichte 5, 464 f. — [7]) Julian *Misopogon* p. 369 B: *ἀπὸ τῆς Αἰγύπτου κομισθέντα μοι σῖτον ἔδωκα τῇ πόλει* (Antiochien) *πραττόμενος ἀργύριον οὐ κατὰ δέκα μέτρα. ἀλλὰ πεντεκαίδεκα τοσοῦτον, ὅσον ἐπὶ τῶν δέκα πρότερον* [*ἐπράττετο*]. *εἰ δὲ τοσαῦτα μέτρα θέρους ἦν παρ' ὑμῖν τοῦ νομίσματος, τί προσδοκᾶν ἔδει κτλ.* D.: *καίτοι τίς μέμνηται παρ' ὑμῖν εὐθηνουμένης τῆς πόλεως πεντεκαίδεκα μέτρα σίτου πραθέντα τοῦ χρυσοῦ.* Dass *νόμισμα* absolut gesetzt = solidus oder aureus ist, wird nicht bezweifelt werden können. Im sogenannten Theophilos ist das 'Ganzstück' mehrfach an entscheidenden Stellen so übersetzt (1, 20. 5; 2. 7. 2; 3, 7. 3); Hultsch, Metrologie S. 327. *Μέτρον* für modius weiss ich nicht

richtet, er habe verordnet, der Preis von 12 Modien solle ohne Widerspruch einen Solidus betragen[1]). Danach darf man wol die über ein halbes Jahrhundert später gemachte Gleichung Valentinians III. beiseite lassen, und den Durchschnittspreis des Modius zur Zeit Julians auf rund 0,90 Mk. annehmen. Der Preis für die postulatio wäre danach 4,50 Mark, ein immerhin mässiger Satz[2]).

Unter den sportelberechtigten Cohortalen fehlen einzelne, die wir als Unterbeamte der Consulare kennen: so der Adiutor (primiscrinius) und der Numerarius; beide aber haben mit dem Civilverfahren nichts zu schaffen[3]). Dass die beiden Vorstände des Gesamtbureaus, *princeps* und *cornicularius*, einen beträchtlichen Teil der Sporteln abbekommen, ist erklärlich.

---

zu belegen. Ammian 22, 14. 1 und Libanius *or. fun.* (1, p. 587 R.) erzählen die Geschichte gleichfalls, aber ohne Angabe der Preise.

[1]) Suidas u. *Μαναίμ: τοῦτο δὲ ἐνομοτέθησεν Οὐαλεντινιανὸς πιπράσκεσθαι τὸν σῖτον μοδίους δώδεκα τῷ νομίσματι μηδενὸς ἀντιλέγοντος.* — [2]) Legt man die heutigen italienischen oder deutschen Getreidepreise zu Grunde (der Modius durchschnittlich 1,75 und 1,62 Mk.), so kommt man auf mehr als das Doppelte (8,10 und 8,75) für die Postulation. — Nach Diocletians Warentarif kostet die postulatio 250 Denare (7, 72); das ist zehnmal mehr als der Tagelohn eines Feldarbeiters (25 Den. c. 7, 1). Wir wissen aber nicht, wieviel der Tagelohn damals betrug; zu Ciceros Zeit stand er auf 12 Asses (etwa 50 Pf.: *p. Rosc. Com.* 28): damit würden wir zu 5 Mk. für die Postulation gelangen — und das liesse sich mit Mariscians Ansatze vereinbaren. Ebenso wenig kennen wir den Wert des diocletianischen Denars genau. Setzt man ihn mit Mommsen auf 1/3 Gr. = 3,33, so kommt man für die Postulation auf die unwahrscheinlich hohe Summe von 16,65 Mk. Nimmt man ihn dagegen mit Hultsch (Metrologie S. 334) zu 0,02538 Mk. an, so stimmt der Preis ungefähr mit dem oben berechneten: für den Tagelöhner 0,63 Mk., also für die Postulation 6,30 Mk. — Rechnet man endlich nach heutigen Arbeitslöhnen, so ergibt sich der Tarif als ein ziemlich hoher. In Norditalien erhält der Feldarbeiter (nach Mommsen) im Winter 1,60 im Sommer 1,20, also im Durchschnitte 1,40 Tagelohn. Wenig niedriger steht der Lohn in Pommern, etwas höher in der Provinz Sachsen und Anhalt, wo der gewöhnliche Arbeiter 538 Mk. im Jahre, also (die Woche zu 6 Arbeitstagen gerechnet) 1,72 täglich erhält. (Nach Goltz verdient der Arbeiter in Norddeutschland durchschnittlich 700 Mk. im Jahre.) Damit würden die Kosten der Postulation auf 14 bis 17 Mk. steigen — eine auch kaum glaubliche Summe. — [3]) Nach c. 2, c. 4 C. Th. de exsec. 8, 8, womit freilich Lydus 3, 11 schwer vereinbar ist. Ueber die Numerarii Bethmann-Hollweg 3, 150.

Ohne Genehmigung des ersteren darf kein Officiale einen Weg in Amtssachen machen; in besonders wichtigen Fällen geht er sogar selber; die Zwangsvollstreckungen unterliegen seiner 'Adnotation'; die Anwälte müssen ihre Anträge ihm zur Kenntnis bringen [1]). Die ganze Processgebarung steht demnach unter seiner Aufsicht, wenn auch nicht seiner Leitung. Was uns so für den Stadtpräfekten bezeugt ist, das gilt analog jedesfalls für die übrigen Behörden [2]). So scheint auch dem *cornicularius* nicht ein genau abgegrenzter Geschäftskreis zugewiesen zu sein. Die alberne Darstellung des Lydus ist freilich hier mit doppelter Vorsicht aufzunehmen. Indessen widerspricht seiner Angabe, dass der cornicularius der Mitvorstand des Officiums gewesen sei, soweit ich sehe, nichts in der sonstigen Ueberlieferung. Sie wird vielmehr dadurch unterstützt, dass a. 412 ihm die Auszahlung der Salarien an die Beamten aus den öffentlichen Magazinen zugewiesen wird [3]); also während uns sonst nur sein Auftreten im Civil- und Strafverfahren bezeugt ist, ein wichtiger Vertrauensposten in Finanzsachen.

Auffallen muss es nach der herschenden Auffassung von der Geschäftsverteilung unter den Offizialen, dass der *commentariensis* als bezugsberechtigt erwähnt, der *ab actis* dagegen übergangen wird.

Denn ersterem weist man jetzt gewöhnlich lediglich eine Funktion im Strafverfahren zu [4]). Und in der Tat entspricht dies der Darstellung des Lydus [5]), ohne dass jedoch seine Worte eine weiterreichende Tätigkeit ausschlössen. Im Codex Theodosianus kommt der *commentariensis* nur im Zusammenhange mit Strafverfahren und Gefängniswesen vor [6]), und einmal wird seine Stellung als Aufsichtsbehörde über die Verhafteten selbst zu seiner Charakteristik benutzt [7]). Nirgends aber scheint mir auch hier eine Beschränkung auf Straffälle ausgesprochen zu sein. — Dass der Beamte seinen Namen von den *commentarii* trägt, die er zu führen oder im Gange

[1]) C. 1, 4, 5, 6 C. Th. de princ. ag. 6, 28; Symmachus *rel.* 23,10 M. — [2]) Bethmann-Hollweg 3, 143 f. — [3]) C. 32 C. Th. de erog. mil. ann. 7, 4. — [4]) Bethmann-H. S. 147. — [5]) Lydus 3, 19. — [6]) C. 5 de poen. 9, 40; c. 5 de cust. reor. 9, 3. — [7]) C. 5 § 1 de iis qui adm. 8, 15: quique commentariensium nomine exosa miseris claustra custodiunt.

zu halten hat, liegt auf der Hand, und Lydus sagt es ausdrücklich[1]). Das sind aber schwerlich bloss die Verzeichnisse der Verhafteten und Gefangenen, die er aufstellen und alle dreissig Tage dem Statthalter vorlegen muss[2]). Wir wissen jetzt, dass *commentarii* der Kunstausdruck ist für die archivalische Sammlung von Urkundenmaterial bei der Behörde[3]). Danach erscheint es nicht unmöglich den *commentariensis* für den Beamten zu halten, der für die Bildung und Ordnung dieses Materiales sorgt und dem die Oberaufsicht über das Archiv der Behörde obliegt. Es steht ihm ein Scrinium zur 'Verfügung', und diesem gehört ein *instrumentarius* an, den Lydus geradezu als den Vorstand des Gerichtsarchives bezeichnet[4]). Dort werden, in Bücher zusammengestellt, die Gerichtsprotokolle aufbewahrt. Im Scrinium des Commentariensis sind mehrere Notarii für die Protokolle[5]): so finden sich auf einem Gemälde, das den Process der heil. Euphemia darstellt, *οἱ τῶν ὑπομνημάτων ὑπογραφεῖς* die mit der Schreibtafel in der Hand eifrig zuhören: wol nicht commentarienses selbst, sondern *notarii*[6]). Ferner nimmt der Commentariensis auch die *libelli inscriptionis* entgegen[7]); d. h. er trägt die Namen des Anklägers und des Angeschuldigten und die Bezeichnung des Vergehens ins Protokollbuch ein[8]). Aber in ganz derselben Weise hat er die Akten des Civilgerichtes unter sich, aus denen nur durch seine Vermittelung Ab-

---

[1]) Lydus 3, 4: *οὕτω δὲ τοὺς ἐπὶ τῶν ὑπομνηματογράφων πραττομένων* (?) *ὁ νόμος καλεῖ*; 3, 12: *ὑπασπίζουσι γὰρ τοῖς κομμενταρισίοις, οὓς ὑπομνηματογράφους ἡ τάξις Ῥωμαίων ὠνόμασεν.* — [2]) C. 6 C. Th. de cust. reor. 9, 3; auch c. 21 C. Th. de app. 11, 30 ist wol darauf zu beziehen. — [3]) Bresslau, Zschr. f. R.-G., N. F. 6, 256 ff. — [4]) Lydus 3, 19: *ἀντὶ τοῦ χαρτοφύλαξ τῶν ἀρχείων τοῦ δικαστηρίου* (der Urkundenwahrer an Gerichtsstätte); *ἀρχεῖον* ist geradezu = tabularium. Freilich kommt u. W. der instrumentarius nur hier vor; erfunden aber kann er kaum sein. Er wird wol sonst einen anderen Namen tragen. — [5]) Lydus 3, 9: *ἔνθεν* (de notariis) *ἓξ βοηθοὺς παρεῖναι συμβαίνει τῷ τε σκρινίου τῷ τε κομμενταρισίου καὶ τῷ τοῦ πριμισκρινίου.* Der Text ist offenbar verdorben, aber der Sinn klar. — [6]) Abgedruckt bei Gothofred zu c. 5 de cust. reor. (p. 42 R.). — Lydus 3, 19: *οὗτοι τὰς μὲν ἐγκληματικὰς ἐξετάσεις ἔφερον τῷ δικαστηρίῳ.* Die etwas undeutlichen Worte erläutert Hesychius v. *κομμενταρίσιος*: *τὰς ἐγγραφὰς τῶν ἐγκλημάτων δεχόμενος.* — [8]) C. 4 C. Th. de cust. reor. 9, 3 mit J. Gothofreds Anmerkung.

schriften zu erlangen sind[1]). Mir scheint hienach die Annahme sehr nahe zu liegen, dass der Commentariensis auch den Eintrag ins 'Gerichtsbuch' besorgte, der über die Denuntiation als Einleitung des Civilverfahrens erfolgen muste, ganz ähnlich wie er die Strafanklage entgegennahm. Man könnte noch weiter gehen. Selbst mit den Finanzsachen, der anderen Masse der Statthaltereigeschäfte, scheint der Commentariensis befasst gewesen zu sein, soweit es sich dabei um Kontrole durch Buchführung handelt. Nach der verworrenen Erzählung des Lydus (3, 17) überweist der Kaiser Anastas den beiden Commentarienses des Präfecten den Verkauf der eingezogenen Güter des Apion, und sie entledigen sich dieses Auftrages mit voller 'Reinheit' der Hände und des Gewissens. Man muss dabei an die genaue Vermögensaufnahme sich erinnern, die bei solcher Gelegenheit eintreten sollte[2]). Und so hat der Commentariensis auch mit den Wertgegenständen zu tun, die der Strafgefangene mit ins Zuchthaus bringt[3]): er muss sie doch wol aufschreiben und aufbewahren.

Vielleicht darf man überhaupt annehmen, dass die Scheidung der Funktionen in den Bureaus sich mehr nach äusseren Merkmalen, als nach dem inneren Zusammenhange der Tätigkeit vollzog. Der Commentariensis z. B. hätte die commentarii der gesamten Verwaltung zu führen und das Archiv stünde unter seiner Obhut[4]). Dass die commentarii wie die der kaiserlichen Kanzlei in verschiedene Abteilungen zerfielen, ist natürlich; und dass die Akten über Strafsachen wie dort

---

[1]) Fr. 45 § 7 de J. F. 49, 14: quotiens apud fiscum agitur (vor dem Fiscalgerichte), actorum potestas postulanda est, ut merito is uti liceat, *eaque manu commentariensis adnotanda sunt.* Dieser Stelle gegenüber hilft man sich seit Gutherius (de officiis domus Augustae 2, 13 p. 392) mit einem doppelten Commentariensis. — [2]) C. 7 C. Th. de bon. proscr. 9, 42. — [3]) Fr. 6 de bon. damn. 48, 20. — [4]) Cassiodor *uar.* 11, 28: digne quidem eius auctoritati committimus, quae custodienda esse censemus. Dies Neutrum auf die Strafgefangenen allein zu beziehen, wäre doch etwas seltsam. — Begreiflich ist es hienach, wenn Constantin vorschreibt, die exceptores sollen *ad commentaria accedere* (c. 2 C. Th. de num. 8, 1): es ist eine Beförderung und eine Vorstufe für weiteres, dass sie sehr angemessen vom Schreibwesen her einen Einblick in die gesamte Geschäftsgebarung ihrer Behörde gewinnen.

so überall eine besondere und hervorragendere Stellung einnahmen[1]), ist erklärlich.

Auf der anderen Seite fehlt im Verzeichnisse der Sportelberechtigten der *ab actis.* Er findet sich im Statshandbuche bei allen Civilbeamten des Abendlandes. Die herschende Auffassung seiner Tätigkeit bezeichnet ihn als den 'Gehilfen des Magistrats bei gerichtlichen Verhandlungen in Civilsachen'[2]). Sie beruht wesentlich, sogar ausschliesslich auf einer ziemlich unklaren Schilderung bei Lydus (3, 20). Danach haben die beiden aus der Zahl der exceptores genommenen *ab actis* im Bureau des praefectus praetorio die 'Geldangelegenheiten' zu 'mustern' (*τὰς χρηματικὰς ὑποθέσεις τρακτεύειν, ἀντὶ τοῦ διαψηλαφᾶν*), d. h. die Privatprocesse vorzuprüfen[3]), und sie vor Gericht zur Verhandlung zu bringen. Durch seine Untergebenen trägt der *ab actis* 'alles' in ein Journal ein, die sog. Regesten (*πάντα διὰ τῶν παρόντων αὐτοῖς χαρτουλαρίων.. ἀναφαίνεσθαι ἐπὶ τῶν λεγομένων ῥεγέστων*), so dass er im Stande ist, auf Befragen das Datum jeder Sache anzugeben[4]). Es ist nicht wol möglich diese Beschreibung anders als von einem Leiter der Processkanzlei zu verstehen. So würde ihm ein Teil der Befugnisse zufallen, die vorher für den Commentariensis in Anspruch genommen wurden. Der Aktuar (*ab actis* kommt m. W. nicht vor) des theodosischen Codex ist ein ganz anderer Beamter als der des Lydus: er ist eine Art von Zahlmeister bei der Truppe[5]). In der Tat setzt die Schilderung des Lydus eine schriftliche Einleitung des Streitverfahrens voraus, wie sie unter Justinian üblich war, aber in früherer Zeit nicht bekannt ist. Es liesse sich denken, dass mit der Ausbildung der Schriftlichkeit im Processe der Geschäftskreis des *ab actis* sich erweiterte und für ihn ein eigenes Scrinium erforderlich wurde, wie es Justinian für den neuen Präfekten von Afrika einrichtet. Für das Schriftwesen, das im älteren Verfahren nicht soviel Arbeit machte, ist zweifellos der *libel-*

---

[1]) Bresslau S. 237 f. — [2]) Bethmann-Hollweg S. 148 f. — [3]) Cramer, supplementum ad Brissonium (1813) p. 19 n. 1; p. 29. — [4]) Damit hängt wol die Bestimmung in c. 26 § 3 C. I. de adu. diu. iud. 2, 8 zusammen. Nicht ein allgemeines Aufsichtsrecht haben die Aktuare über die Anwälte, sondern sie sollen für die richtige Datierung der eingereichten Schriften einstehen. — [5]) Gothofred, parat. zu C. Th. 8, 1 und zu c. 3.



lensis bestimmt, der nach unserer Ordnung für den libellus die mässige Gebür von zwei Modien (1,80 Mk.) bezieht. Er wird im theodosischen Codex nicht erwähnt; in der Notitia dignitatum fehlt er allen abendländischen Beamten, also auch dem Consulare von Afrika, dagegen haben die Civilbeamten durchgängig den *ab actis.* Im Oriente aber erscheint der *a libellis* neben dem *ab actis* bei den bürgerlichen Beamten, ohne ihn bei vielen militärischen; er wird fast regelmässig '*uel subscribendarius*' mitbezeichnet[1]). Fasst man das zusammen, so erscheint die Annahme nicht unmöglich, dass im Abendlande die Funktionen des *libellensis* auf den *ab actis* übergiengen; dass er dagegen im Oriente blieb, und seinen älteren beschränkten Geschäftskreis beibehielt.

Die Reihenfolge, in welcher unser Erlass die Officialen aufzählt, ist im ganzen der Rangordnung entsprechend, die das Statshandbuch gibt. Aber die Erwähnung der Anwälte und Lohnschreiber mitten unter den Officialen legt die Frage nahe, ob wirklich die Rangordnung für die Reihenfolge massgebend war. Mir scheint das nicht der Fall. Vielmehr dünkt mir, dass das Edikt mit seinen Sportelanweisungen dem Gange des Verfahrens folgt; es nennt die Berechtigten so, wie sie nacheinander im Processe für die Parteien tätig werden.

Das Verfahren, was dabei vorausgesetzt wird, ist der sog. Denuntiationsprocess, wie er im 4. Jahrhunderte die Regel bildete[2]). Ueber den Verlauf der Einleitung des Processes und der daran sich anschliessenden Cognition im ganzen wie im einzelnen sind die Meinungen geteilt. Mir scheint unsere Inschrift die Rätsel nicht zu lösen; viel eher bereitet sie neue Schwierigkeiten durch den Gebrauch einzelner Kunstausdrücke, die wir dem Verfahren des 4. Jahrhunderts bisher nicht zuschrieben, und die zum Teile sogar dem theodosischen Gesetzbuche unbekannt sind. Daher wird es ohne einige Kühnheit der Kombination im Folgenden nicht abgehen, und ich bescheide mich vielfach berichtigt zu werden. Eins aber, meine ich, ergibt sich aus der Inschrift unzweideutig, dass, wie schon Wieding hervorgehoben hat, die Schriftlichkeit im vorjusti-

[1]) Bei den Vicarien findet sich statt des libellensis eine cura epistolarum. — [2]) Vgl. Bethmann-Hollweg 3, 234 ff.

nianischen Processe weiter um sich gegriffen hatte, als man gewöhnlich anzunehmen geneigt ist.

Seit Constantins Verordnung von 322 (c. 2 C. Th. de denunt. 2, 4) soll die bis dahin private 'Streitverkündigung' bei der Behörde erfolgen: *denuntiari uel apud prouinciarum rectores uel apud eos quibus actorum conficiendorum ius est decernimus, ne priuata testatio, mortuorum aut in diuersis terris absentium scripta nominibus, falsam fidem rebus non gestis adfingat.* Der Zweck der Neuerung ist demnach ausgesprochenermassen die bessere Beurkundung; das Wesen der Denuntiation selbst wird nicht geändert. Diese aber konnte und kann nicht wol anders geartet sein, als die manigfachen sonst im späteren röm. Rechte auftretenden Denuntiationen: bei der Cession, beim Pfandverkaufe; es handelt sich um die Benachrichtigung eines anderen. Dass diese persönlich von der einen Partei an die vor Gericht gegenwärtige andere Partei erfolgen muste, würde der Analogie widersprechen und wäre erst zu beweisen: und das wird schwerlich gelingen [1]). Nach wie vor handelt es sich deshalb um Zuschickung einer Ladung. Und das bestätigt das röm.-syrische Rechtsbuch wörtlich (§ 75): 'sobald die *παραγγελία* geschickt ist' [2]). Auch darüber kann m. E. kein Zweifel sein, dass der Richter, bei welchem die Denuntiation geschah, nicht der zuständige zu sein brauchte. Sonst wäre es unbegreiflich, wie jede Behörde mit ihm gleichgestellt werden könnte, die das Recht 'Akten anzulegen' hat, also namentlich Gemeindebeamte, die nur niedere Gerichtsbarkeit haben. Es versteht sich, dass über diese Eingabe

[1]) Die Ansicht Bethmann-Hs. (S. 235 A. 9), wonach der Beklagte vor Gericht bei der Denuntiation anwesend sein muss, wird mit einem 'also' der c. 2 c. entnommen. Sie scheint aus einem Misverständnisse der begründenden Worte hervorgegangen: wenn der Beklagte gegenwärtig sein muss, so kann er freilich nicht tot oder abwesend sein. Constantin sagt aber vielmehr, es solle durch die gerichtliche testatio Fälschungen der Denuntiationsurkunde vorgebeugt werden, indem man den Namen Verstorbener und Unauffindbarer hineinsetze, um sich die Unterbrechung der Verjährung und die viermonatliche Frist zu sichern (vgl. Gothofred z. d. St.). Vgl. auch c. un. C. Th. de d. m. 2, 15: ita ut, si forte is contra quem res agitur longius ullo genere discesserit, nec denuntianti necessitate petitor oneretur, nec eius qui aberit praesentia postuletur. — [2]) Dazu Bruns S. 236 ff.

an das Gericht ein Vermerk in den Akten gemacht werden muste: das ergibt sich aus der Notwendigkeit der testatio. Namentlich kommt es dabei auch auf das Datum an: denn mit der Denuntiation ist die Verjährung unterbrochen und es beginnen verschiedene Fristen zu laufen[1]). Hier ist der Sitz der Tätigkeit für den *commentariensis:* er wird Inhalt und Datum der Erklärung[2]) haben vermerken, vielleicht eine Abschrift zu den Gerichtsakten nehmen lassen. Einen anderen Sinn kann die Regel nicht haben, dass die Denuntiation bei einer Behörde mit 'Aktenrecht' geschehen solle.

Wie die Mitteilung der Denuntiation an den Beklagten erfolgte, ist bestritten. Ich meine, man müsse die Zustellung durch den Gerichtsboten annehmen. Denn sonst hätte Constantins Begründung seiner Reform keinen rechten Sinn: das Gericht könnte der Kläger genau ebenso gut belügen, wie seine eigenen Zeugen; seine Angaben über Leben, Namen und Wohnort des Beklagten müssen darum geprüft werden. Und das geschieht durch den niederen Gerichtsbeamten, der die Denuntiation behändigt. Er sucht den Beklagten nicht bloss in der Stadt, sondern auch auch im Lande, ja jenseits des Meeres auf. Begreiflich wachsen die Kosten mit der Entfernung. Der Denuntiat braucht sich demnach nicht im Gerichtssprengel aufzuhalten. Dies bestätigt von der anderen Seite die Tatsache, dass er für seine Einlassung Fristen von 3, 6 und 9 Monaten erlangen kann. Die längste heisst *transmarina dilatio, προθεσμία διαπόντιος*[3]); sie entspricht also genau den Botengängen übers Meer in unserer Ordnung.

An sich könnte man hier auch an andere Wege denken, welche der Unterbeamte im Interesse der Parteien übernimmt. Indes kommt, abgesehen von der Zwangsvollstreckung, im Processe kein Fall vor, wo im Interesse der Parteien die Verschickung eines Boten erforderlich wäre. Denn der eigent-

---

[1]) C. 4 C. Th. de denunt. 2, 4; c. 1 C. Th. de cogn. 2, 12; Röm.-syr. R. B. § 66 mit Bruns S. 231. — [2]) Der Ausdruck postulatio scheint für diese Insinuation nicht gebraucht zu werden: es ist ja auch kein Antrag, und jedesfalls nicht immer ein Antrag vor Gericht: vgl. fr. 1 § 2 de post. 3, 1. — [3]) C. 1 C. I. de dil. 2, 11; Röm.-syr. R. B. § 75, 4; Bruns S. 236 f.; vgl. auch Plautus, Most. 497 (2, 2. 65): ego transmarinus hospes sum Diapontius.

liche Process verläuft in mündlichen Verhandlungen, zu denen nicht von neuem geladen wird. Indessen könnte man gerade wegen der Seefahrt meinen, es handle sich um eine Berufung an den Kaiser. Bei der gewöhnlichen Berufung an die höhere Instanz werden die Apostel zweifellos dem Berufungskläger ausgehändigt und diesem, nicht dem ersten Richter, liegt es ob, die Akten an den Oberrichter zu befördern[1]); so ist es ja auch im gemeinen Civilprocesse geblieben. Dagegen für die Berufung an den Kaiser besteht von Constantin bis Justinian allerdings eine andere Einrichtung. Der Unterrichter verhandelt die Sache selbst, er sendet die Akten mit seinem Berichte durch einen Officialen an den Kaiser ein, und die Parteien müssen in der Provinz bleiben, bis die höchste Entscheidung ergangen ist[2]). Ob die Parteien diesen Boten zu bezahlen haben, kann immerhin zweifelhaft sein. Allein die Frage kommt, wie ich glaube, hier nicht in Betracht. Denn regelmässig richtet der Proconsul von Afrika *uice sacra,* d. h. die Berufungen aus seinem engeren Bezirke nicht bloss, sondern auch aus den angrenzenden Statthalterschaften, Numidien, Byzacena, Mauretanien, gehen nicht an den Kaiser, sondern lediglich an ihn[3]). Der Grund liegt, wie das bei einer anderen Gelegenheit ausdrücklich ausgesprochen wird[4]), eben in der Unbequemlichkeit und Gefahr der Seereise.

Die Denuntiation ist nur die Ankündigung des 'künftigen Rechtsstreites', wie schon Cujaz sich ausdrückt[5]), nicht die Klageerhebung selbst; der Beklagte ist nun 'festgemacht'[6]). Die Streitverkündigung, die gar nicht beim zuständigen Richter

---

[1]) Paulus 5, 34. 2; Marcian fr. un. § 2 de lib. dim. 49, 6; c. 5 C. I. de app. 7, 62. — [2]) C. 29, c. 31 C. Th. de app. 11, 30; Bethmann-Hollweg 3, 332. — [3]) L. Aradio Val. Proculo . . . proconsuli prouinciae Africae uice sacra iudicanti eidemque iudicio sacro per prouincias proconsularem et Numidiam, Byzacium ac Tripolim idemque Mauretaniam Sitifensem et Caesariensem: Or. 3672 (a. 390); c. 62 C. Th. de app. 11, 30 mit Gothofreds Bemerkungen; Nov. Val. 18, 12; vgl. indes auch c. 16 C. Th. de app. — [4]) C. 33 C. Th. de erog. 7, 4: ne interiecti aequoris tractus querelae prouincialium pereant. — [5]) Cujaz, obseruu. 17, 7 (significare denuntiationem illam sollemnem futurae litis, quae olim erat in usu). Die Denuntiation entspricht somit etwa der 'Klageanmeldung' des altpreussischen Verfahrens: AGO. II, 4. — [6]) Postquam edito actionis genere aduersarium suum *tenuit:* Nov. Val. 3, 34. 14.

zu erfolgen braucht, kann eine wirkliche Klage unmöglich ersetzen, sie ist nur *editio actionis.* Der weitere Verlauf lässt sich m. E. daher nur so vorstellen, dass der Kläger mit dem inzwischen gesammelten Processstoffe innerhalb vier Monaten den ordentlichen Richter angeht und die wirkliche Eröffnung des Verfahrens beantragt: das ist die *postulatio simplex,* die *simplicis postulationis depositio,* die *inlata sollenniter pulsatio*[1]). Dieser Klagantrag muss, wie die Ausdrücke dafür ergeben, schriftlich eingereicht werden: wir können das auch aus der Zuziehung der exceptores folgern. Allem Anscheine nach sollen diese ihn technisch ordnungsmässig ausführen. Er muss ins einzelne eingehen und erfordert deshalb juristische Bildung und Einsicht[2]). Um so mässiger erscheint die Summe, welche die Anwälte für die Anfertigung des Schriftsatzes erhalten[3]); die Bureautätigkeit der Exceptoren wird genau ebenso hoch geschätzt. Auch die postulatio muss dem Beklagten zugestellt werden. Ob das durch das zuständige Gericht geschieht, bei welchem sie eingebracht worden ist, oder durch die exceptores, deren hohes Honorar sich damit erklären würde, steht dahin[4]).

Während der Viermonatsfrist wird natürlich auch der Beklagte sich das nötige Material zur Verteidigung zu verschaffen suchen. Aber er darf sich dazu noch einen Ausstand bis zu neun Monaten erbitten: diese Frist fängt doch wol erst mit der Behändigung der postulatio, der wirklichen Klageerhebung zu laufen an[5]).

---

[1]) C. un. § 1 C. Th. de act. c. temp. fin. 4, 14; c. un. C. Th. de his q. pot. 2, 14; Wieding, Libellprocess S. 335 ff., S. 692. — [2]) Cons. ICti 5, 2; 6, 2; fr. 7 de inoff. 5, 2. — [3]) Den Plural in Z. 26 möchte ich durch den im Hintergrunde stehenden Gedanken erklären, dass in den verschiedenen Processen verschiedene Anwälte auftreten, während der bezugsberechtigte Subalterne immer der nämliche bleibt, wenn auch die Person wechselt. Sonst erschiene es mir nicht verständlich, dass auch bei der contradictio die Mehrzahl wiederkehrt und dass die exceptores in der Mehrzahl auftreten. — [4]) Den Ausführungen Wiedings über denuntiatio priuata und ex auctoritate kann ich mich nicht ohne weiteres anschliessen. — [5]) Auf den ersten Blick scheint die Annahme näher zu liegen, dass der Lauf der Frist mit der Denuntiation beginne; die Verlängerung wäre dann auch nicht so ungeheuerlich. Indessen ist diese Erwägung doch anfechtbar. Der Kläger hat unter allen Umständen vier Monate seit der Denuntiation Frist. Damit lässt es sich nicht gut reimen, dass der Beklagte sich drei Monate Frist von dem-

Darauf folgt dann was unser Edikt die *contradictio* nennt. Wie mir scheint, ist auch darunter wieder eine schriftliche Eingabe ans Gericht zu verstehen: das bestätigen die wenigstens einmal im theodosischen Gesetzbuche vorkommenden *libelli contradictorii*[1]). Im justinianischen Processe ist der Ausdruck für die Erwiederung des Beklagten auf die Darlegung des Klägers technisch (nicht für die Einlassungsverhandlung im Ganzen)[2]). Diese *contradictio* ist mehr als noch einmal so teuer als die *postulatio,* und es wird dafür (nach Mommsens Herstellung des Textes) viermal mehr Papier verbraucht. Daraus geht deutlich hervor, dass die Erwiederung des Beklagten ins einzelne eingeht; Einreden verschiedenster Art und Rechtsausführungen, vielleicht auch eine Wiederklage werden darin zusammengedrängt sein. Es ist danach erklärlich, dass die Litiscontestation später *post narrationem propositam et contradictionem obiectam* festgesetzt wird; denn der Tatbestand des Streites ist dadurch in ähnlicher Weise umschrieben, wie durch die Formel. Es wäre hienach auch erklärlich, als eine gesetzliche Bestätigung der Praxis, wenn wirklich nach späterem positivem Rechte keine peremptorischen Einreden ohne Restitution hätten nachgebracht werden dürfen: aber ich halte diesen Satz nicht für bewiesen[3]).

---

selben Zeitpunkte an erbitten darf. Auch ist eine Aenderung der Klaggrundlage zwischen editio actionis und postulatio nicht ausgeschlossen.

[1]) C. un. C. Th. de his qui pot. 2, 14. Der Ausdruck *contradictio* kommt sonst in diesem Sinne im Codex Theod. nicht vor. — [2]) C. 14 § 1 C. I. de iud. 3, 1. Das Wort auf die gesamte Verteidigung zu beziehen, ist m. E. nicht wol zulässig. Einmal ist dafür *defensio* der geläufige Kunstausdruck. Und als deren Bestandteil tritt die *contradictio* auf: c. 5 pr. C. I. de ingen. 7, 14 (l. diffamari): *ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret*; c. 27 pr. C. Th. de pet. 10, 10: *et contradictionem domini per quamcumque personam rem propriam defendentis acceperit.* Ferner aber scheint mir dagegen zu sprechen, dass der Umfang der contradictio eine bestimmte Anzahl von Bogen nicht überschreiten darf: die Länge der Protokolle lässt sich unmöglich bei allen Processen zum Voraus festsetzen. — [3]) Nicht durch Wieding, Libellprocess S. 210 ff.; denn seine Quellenauslegung ist höchst gewagt; aber auch nicht durch Eisele, proc. Behandlung d. Exceptionen S. 3 ff., dessen Ausgangspunkt mir sehr unsicher scheint. Es ist die vielverhandelte c. 2 pr. C. I. sent. resc. n. p. 7, 50 v. 294: peremptorias exceptiones omissas initio antequam sententia feratur opponi posse edictum per-

Vielleicht hängt hiemit die Behandlung der schleunigen Sachen in unserem Edikte zusammen. Wir kennen von solchen nur die Fälle des *summatim cognoscere*, die zweifellos nicht hierher gehören, und eine Reihe von ziemlich willkürlich herausgegriffenen Verhältnissen, bei deren gerichtlicher Erörterung die 'Umwege' der Denuntiation fortfallen sollen[1]). Von dem weiter daran anschliessenden Verfahren wissen wir nichts. Möglicherweise erklärt sich die Steigerung des Honorarsatzes für den Anwalt lediglich daraus, dass er in solchen Fällen für die Vorbereitung der Verteidigung keine Frist erbitten darf: er muss also schnell und doch vollständig alles herbeischaffen, was als Unterlage für die Verhandlung dienen kann; diese selbst aber verläuft dann regelrecht. Möglicherweise aber hat auch Mommsen (p. 641) Recht, dass solche Sachen in Einer Tagfahrt abgemacht wurden: dann muste der Anwalt des Beklagten sich besonders stark mit Einreden und Rechtsausführungen vorsehen.

Im Edikte ist bei solchen schleunigen Sachen nur für den Anwalt eine höhere Vergütigung ausgeworfen, nicht für den Exceptor. Nach den bisherigen Auseinandersetzungen ist das

---

petuum manifeste declarat; quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. Gaius 4, 125 bekundet, dass es bei nachträglichem (d. h. nach der Lit. Cont. erfolgendem) Vorbringen einer peremptorischen Einrede stets der Restitution bedurfte. Es liegt nahe an diese Bestimmung hier zu denken (Keller, CP. A. 388 S. 174 W.). Aber der obige Wortlaut der Stelle sagt klar und unzweideutig, dass die Einrede ohne Restitution vorgeschützt werden kann, nur müste dies vor dem Erkenntnisse geschehen; denn den Folgesatz kann man doch nur deuten: wenn aber nicht vor dem Urteile nachgebracht ist (*ἐὰν δέ τις αὐτὰς μὴ ἀντιθήσῃ καὶ ἀπόφασις παρακολουθήσῃ*, übersetzen die Bas. 9, 1. 93), so kann restituiert werden. Anders stellt sich die Sache mit Krügers sehr einleuchtender Verbesserung *perimitur* statt *permittitur*. Dann bedeutet der zweite Satz: ist nicht vor dem Erkenntnisse nachgebracht, so ist die Restitution ausgeschlossen, er setzt also auch im erstern die Restitution voraus. Aber Krüger (Archiv f. civ. Pr. 67, 155 f.) hat m. E. sehr Recht, wenn er daraus nur folgert, dass Diocletian 'die Zulassung der versäumten exc. als i. i. restitutio auffasst'. Der Beamte verstattete eben das Nachbringen kurzer Hand. Der wesentliche Unterschied ist, dass nicht mehr an den Prätor gegangen werden muss, und damit wird die Restitution zur reinen Formalität.

[1]) C. 6 sq. C. Th. de den. 2, 4; c. 6 § 1 C. Th. de iis qui adm. 8, 15; c. un. de d. m. 2, 15; Bethmann-H. S. 239 f.



nicht verwunderlich. Denn an den Exceptor werden hier keine grösseren Anforderungen gestellt, als im ordentlichen Verfahren.

Das ist alles, was die Anwälte nach unserem Edikte an festen Bezügen erhalten: für postulatio und contradictio. Die Ordnung beschränkt sich also nach meiner Auffassung auf einen Tarif für angefertigte Schriftsätze, welche dem Gerichte eingereicht und also auch von ihm kontroliert werden. Es ist sehr bezeichnend, dass der Anwalt nicht nach der Bogenzahl Vergütigung erhält, dass im Gegenteile der Umfang der Schriftsätze beschränkt wird [1]). Da der Process sich nach der Litiscontestation in einzelnen Terminen zu mündlicher Verhandlung abspielt, so bliebe hienach eine wesentliche Tätigkeit der Anwälte unbelohnt. Das lässt sich von vornherein nicht denken. Und unvereinbar ist damit die Regel, dass die Partei dem Anwalte bis zu 100 aurei für seine Mühewaltung im einzelnen Processe versprechen, dass der Richter bis zu diesem höchsten Masse auch ohne Zusage Honorar zubilligen darf, wenn und soweit es ihm angemessen erscheint [2]). Die Kaisererlasse und die Aeusserungen der Juristen, die in diesem Sinne gehalten sind, hat Justinian in die Kompilation aufgenommen: schwerlich sind sie in der Zwischenzeit unpraktisch gewesen. Man muss danach wol annehmen, dass die Honorare unseres Ediktes eben nur als Vergütigung für die eng begrenzte Tätigkeit des Anwaltes bei der Denuntiation gedacht sind.

Hiemit gewinnt man einen gewissen Anhalt für die Erklärung der grossen Summen, welche der Exceptor am Schlusse des Verfahrens empfängt. Die Ausdrücke *in definita causa* (Z. 40) und *in definito negotio* (Z. 40) können sich m. E. nur auf die Endentscheidung beziehen. Diese und ähnliche Wendungen für die 'Erledigung' des Streites durch Urteil sind in den Kaisererlassen dieser Zeit ziemlich häufig [3]), und finden

---

[1]) Eine Vorstellung von der weitschweifigen Zierlichkeit dieser Anwaltsschriftsätze kann man sich ungefähr machen, wenn man die im Donatistenstreite von 411 vorgelesenen Aktenstücke sich ansieht: Mansi, amplissima collectio 4, p. 51 sqq. — [2]) Fr. 1 § 10 sqq. de extr. cogn. 50, 13; c. 3 sqq. C. I. de post. 2, 6. — [3]) C. 8 C. Th. de off. pr. pr. 1, 5: definiendi negotii suscipiant curam; c. 12 C. Th. de I. F. 10, 1:

sich an Stellen, wo man den bezeichnendsten Ausdruck erwartet[1]). Der Grund für die Wahl dieser Worte liegt wol einmal darin, dass man sich scheute, die Termini des ordentlichen Verfahrens, wie *sententia, res iudicata,* hierher zu übertragen; sodann aber darin, dass alle diese Entscheidungen noch regelmässig durch Berufung oder sonstige Rechtsmittel angefochten werden konnten. So nannte man den Streit lieber 'erledigt' als 'entschieden'. Die hohe Vergütigung der Exceptoren lässt sich, wie mir scheint, durch die Arbeit und die Verantwortlichkeit begründen, die sie bei der Abfassung der Erkenntnisse übernahmen. Bis auf Valentinian I. (374) war es nicht rechtliches Erfordernis, dass der Richter das Erkenntnis schriftlich abfasste und vorlas (*de periculo recitare*)[2]). Früher war das periculum wol üblich, aber nicht notwendig. Die Parteien müssen selbst dafür sorgen, dass sie das mündlich verkündigte Urteil und die etwaigen Entscheidungsgründe sich verschaffen: denn amtlich wird ihnen nichts schriftliches mitgeteilt[3]), und für die Berufung wie für die Zwangsvollstreckung können sie eine authentische Aufzeichnung nicht entbehren. Hier treten offenbar die Exceptoren ein: sie protokollierten, was gesprochen wurde, und liessen wol das Protokoll vom Richter genehmigen. Dabei haben die Anwälte anscheinend nichts zu tun.

Dass der *libellus unus,* für welchen die höchst mässige Gebür von zwei Modien ausgeworfen wird, die Anmeldung der Berufung ist, darauf hat schon Mommsen (p. 643) hingewiesen, und es kann kaum zweifelhaft sein. Aus dem Worte freilich lässt sich nichts schliessen; denn das wird für die allerverschiedensten Eingaben an die Behörde gebraucht. Hier

---

negotia definire; c. 1 C. Th. de iud. 2, 18: siue definienda sit causa per iudicem siue ad nostram scientiam referenda; c. 2 C. Th. de off. praef. u. 1, 6: sacrae definitionis ius magnificentiae tuae detulimus; c. 5 pr. C. Th. de def. ciu. 1, 29: exortas contentiones cita definitione compescit.

[1]) T. C. Th. 1, 27: de episcopali definitione; c. 1 C. Th. de sent. 4, 17: definitione ultima; c. 2 C. Th. de ep. def. 1, 27: definitioni exsecutio tribuatur; c. 9 C. Th. de app. 11, 30: si contra arbitri definitionem fuerit appellatum; c. 32 § 4 C. 1 de app. 7, 62: si .. eius .. definitio fuerit appellatione suspensa. — [2]) C. 1 C. Th. de sent. 4, 17. — [3]) Bethmann-Hollweg 2, 628.

aber verengt sich der Kreis durch die ausschliessliche Beziehung auf das Civilverfahren; Bittschriften und Anklageschriften kommen also nicht in Frage. Im Civilprocesse aber wieder kann nicht der libellus conuentionis gemeint sein, der erst der justinianischen Zeit angehört. So bliebe schon nichts anderes übrig als der Berufungslibell. Und diesen fordert die Reihenfolge nach der Endentscheidung. In der Tat ist die Einleitung der Appellation durch Ueberreichung eines Schriftstückes, des sog. libellus appellatorius, an den erkennenden Richter verhältnismässig alt[1]); daher ist der Ausdruck libellus ohne Zusatz hier am wenigsten miszuverstehen und kommt denn auch in den Rechtsbüchern mehrfach in diesem Sinne vor[2]). Diesen Libell entgegenzunehmen, ist vor allem die Pflicht des Officiums[3]). Und wenn es auch nicht ausdrücklich bezeugt ist, so ergibt doch der Name, dass dabei vorzugsweise der libellensis in Tätigkeit tritt: er ist mindestens auch mit der Berufungsschrift befasst. Sehr eigentümlich ist, wie mir scheint, die Hinzufügung: *in libello uno.* Man kann das doch wol nur: 'bei Gelegenheit des Einen Libells' übersetzen; es wäre damit gesagt, dass im Civilprocesse mehr als dies Eine Libell genannte Schriftstück überhaupt nicht vorkomme.

Zuletzt tritt noch ein Officialis auf mit der Vergütigung von zwei Modien für einen Botenweg in der Stadt. Die Annahme scheint natürlich, dass dies der Official ist, den der Princeps mit der Denuntiation versendet. Dann ist es aber ganz seltsam, dass hier von weiteren Wegen und einer entsprechenden Erhöhung der Gebür gar nicht die Rede ist. Man müste zur Erklärung vermuten, dass die Bestimmungen darüber nachlässigerweise vergessen sind oder auf einem zweiten Steine standen (Mommsen p. 640). In der Tat lässt sich ohne Kenntnis von der Beschaffenheit des Steines nicht beurteilen, ob die Inschrift mit Z. 51 zu Ende war. Nehmen wir an, sie sei uns vollständig erhalten, so erscheint es dem Zusammenhange der ganzen Verordnung, wie er bis jetzt festgehalten wurde, durchaus gemäss, wenn an letzter Stelle noch der Gebür für

---

[1]) Ulpian fr. 1 § 4; Marcian fr. 5 § 4, fr. 7 de app. 49, 1. — [2]) C. 7, c. 22 C. Th. de app. 11, 30; c. 6 C. Th. quor. app. 9, 36. — [3]) C. 4 eod.; Gothofred. parat. V.

die Zwangsvollstreckung gedacht wird. Die Exekution erfolgt durch pignoris capio, also nur so weit das Imperium des Statthalters reicht[1]). Da aber auch den Gemeindebeamten die pignoris capio zusteht, so wird man schwerlich den Rektor jemals um Zwangsvollstreckung ausserhalb seiner Hauptstadt angegangen haben. Aber das alles ist ziemlich unsicher: die Worte des Ediktes weisen auf nichts bestimmtes hin[2]).

Miscelle.

Ein ungedruckter ordo iudiciorum des Johannes Bassianus.

Der Handschriftenkatalog der Universitätsbibliothek zu Padua beschreibt den Codex 1475 mit diesen Worten[3]):

> „*Ioannis Cremonensis de ordine iudiciorum* et Goffredi magistri Summa super decretal. Cod. membr. in folio magno p. 282; dupl. col. duobus characteribus eleganter saec. XV scriptus, absque plurimis lit. initial. cum marginal. scholiis. Joannis Cremonensis opus incipit: *Propositum presentis operis* etc.; explicit: *studiosus ne piger fiat.* Ut ex notis in principio et fine constat, s. Iustinae de Padua monasterii fuit[4]).“

Ich habe dieser Beschreibung wenig hinzuzufügen. Auf der ersten Seite liest man die Zahl 174, sicher die laufende Nummer der Sammlung, welcher die Handschrift einst im Kloster der heiligen Justina angehörte. Das Werk des Johannes Bassianus steht auf den ersten 8 Seiten (Folio zu zwei Columnen). Die Schrift ist Minuskel, gotisch, cursiv, und gehört in das 15. Jahrhundert. Sie ist auf der ersten Seite sehr schön, wird dann aber flüchtig und unleserlicher. Eine spätere Hand hat zahlreiche Rasuren und Correkturen gemacht. Noch später sind am Rand kurze Inhaltsangaben beigesetzt[5]). Die Schlussworte zeigen, dass der Tractat zu Ende ist[6]).

---

[1]) Fr. 10 qui pot. 20, 4; c. 2 C. I. qui pet. 8, 17 (iussu eius qui iure sententiam exsequebatur). — [2]) Fr. 3 § 1 de reb. eor. 27, 9; vgl. statt aller Parerga II, 35 (Zschr. f. RG., NF. 5).

[3]) Es möge mir gestattet sein, dem Herrn Bibliothekar Professor Gerardi hier meinen lebhaften Dank für die Freundlichkeit auszusprechen, mit welcher er meine Untersuchung unterstützt hat. — [4]) Die Aufschrift des Codex lautet: Iste liber est monasterii sce Iustine Virginis clarissime de Padua. — [5]) Z. B. bei § 7 die Notiz: Quid sit iudicium. — [6]) Fol. 8 b[a]: Taceam hic ad presens, ne torpeat studiosus, ne piger fiat.

Nach dieser äusseren Beschreibung des Werkes wenden wir uns zu der Frage nach dem Verfasser.

Das Wenige, was wir von Johannes Bassianus oder Basianus (gewöhnlich Cremonensis genannt) wissen, hat Savigny zusammengestellt [1]).

Er wurde zu Cremona geboren, war in Bologna Schüler des Bulgarus, und übte selber dann daselbst eine erfolgreiche Lehrthätigkeit. Es scheint, dass er das Ende des 12. Jahrhunderts nicht überlebte.

Dass Johannes Bassianus sich auch mit Process beschäftigte, zeigt sein Arbor actionum und seine Summa Quicunque vult. In dieser Summa stellt er ein grösseres Werk über Process in Aussicht mit den Worten: Crede mihi M., consors nominis mei et scriptorum meorum particeps, si diutius vixero, istud Quicunque vult, quod a praeludio iudiciorum incipit, cum diffinitiva sententia terminabitur, forte appellationem tractatu non omisso utpote utilissimo [2]). Savigny hat bereits auf das Versprechen aufmerksam gemacht [3]), ist aber doch nicht auf den Gedanken gekommen, dass Johannes dies grössere Werk auch wirklich verfasst habe. Roffredus erwähnt das Werk des Johannes ausdrücklich in der Vorrede zu seinem Ordo iudiciarius mit den Worten:

> *Praesumam ergo praesens opus incipere ex commentariis antiquorum, et praecipue D. Ioannis et Pilei, supplendo illa quae ipsi in eorum libellis disputatoriis reliquerunt* [4]).

Savigny ist wegen des Ausdruckes „disputatorius" der Meinung, man möchte zunächst an die Disputationes des Johannes denken, der processualische Inhalt der Schrift nötige jedoch, die Notiz des Roffredus auf den Arbor actionum zu beziehen. Es ist aber klar, dass Roffredus dem Johannes und dem Pileus eine Schrift gleichen Titels, d. h. einen ordo iudiciorum, zuschreibt, eine Schrift, welche er im Stande war, bei seinem Unternehmen wirklich zu Grunde zu legen.

Der Inhalt unseres Manuscriptes stellt vollends ausser Zweifel, dass wir hier wirklich eine Arbeit des Bassianus vor uns haben:

1. Der Plan der Arbeit entspricht genau demjenigen, welchen die Summa angegeben hat. Er begreift alle Phasen des Processes:

> *Primum igitur oportet agnoscere quid sit iudicium, et quibus modis declinetur iudicium, non declinatum quemadmodum inchoatur* (sic), *uentiletur, terminetur, post hec executioni mandetur.*

2. Die Summa Quicunque vult bildet einen Teil der Arbeit [5]).

---

[1]) Gesch. des Röm. Rechts im MA., 2. Aufl., Bd. 4, S. 289 ff. Vgl. G. A. Martin, Jurist. Litteratur-Gesch., Heidelberg 1824, Nr. 29, S. 17; O. A. Walter, die Litteratur des gemeinen ord. Civ.-Proc., 1865, S. 5. 6. — [2]) Savigny a. a. O. S. 553. — [3]) A. a. O. S. 303. — [4]) Solennis atque aureus tractatus libellorum Dni Roffredi benev. Ao. D. MCCCC. — in insigni urbe Argentinensi, prooem. ord. iud. Vgl. Savigny a. a. O. S. 307 Note c. — [5]) Fol. 4 a[1] princ. § 128. Auch die Worte Crede mihi M. (doch hat unser Codex: Johannes) u. s. w.

3. In dem Beispiel eines Klaglibells lesen wir die Sigle Jo. Ba., und finden wir zugleich hier die einzige directe Notiz über das Leben des Johannes [1]).

4. In dem Ordo iudiciarius werden zwei Summen des Johannes citirt: die Summa zum Codex und die Summa de actionibus [2]).

5. Der Stil des Ordo iudiciarius ist der gleiche wie bei der Summa Quicumque vult. Um die Vergleichung zu ermöglichen, sind im Folgenden die ersten Paragraphen der Arbeit aus dem Codex abgedruckt. Ich gebe die Handschrift hier unverändert. Nur die Paragraphenzahlen sind beigefügt. Eine vollständige Ausgabe des Werkes ist in Aussicht genommen.

Incipit libellus dni Ioh. Cremonensis de ordine iudiciorum.

Propositum presentis operis est tractare de iudiciis, et ipsorum fabricam, ut ita dixerim, suis undique congestis partibus coadunatam erigere, et hinc inde argumentis et rationibus introductis, quasi quibusdam antemuralibus et columpnis substentantibus, firmissimam constituere.

§ 1. *Primum igitur oportet agnoscere quid sit iudicium, et quibus modis declinetur iudicium, non declinatum quemadmodum inchoatur* (sic), *uentiletur, terminetur, post hec executioni mandetur.*

§ 2. *Iudicium uocatur nichil aliud quam actus legitimus trium personarum, siue iudicis auctoris et rei. Nam testes licet plurimum in iudiciis, utpote necessarij, producantur, et si*(ne) *hijs tamen potest esse iudicium. De his ergo personis tractemus. Et primum de persona iudicis, utpote dignioris atque maioris.*

§ 3. *Iudicum alij sunt ordinarij, alij delegati. Ordinarius est qui principaliter a dno papa uel a dno principe iurisdictionem habet, non specialem delegationem ad causam.*

§ 4. *Sed papa interdum eligit iudicem, interdum electionem confirmat, et ita facit ordinarium ut C. de aduoc. diu. l. si quis de togatis* [3]), *et C. de defens. ciuit. l. defensores* [4]), et in summa.

§ 5. *Ordinarius iudex est qui dignitatis nomine gaudet, cuius ratione potest aliquam causam cognoseere, ut archidiaconus, episcopus,*

---

sind beibehalten, wohl weil die ganze früher verfasste Schrift als solche an dem betreffenden Orte eingefügt wurde; der Schluss der Summa: Sed hoc prolixiorem tractatum exigit etc. ist jedoch fortgelassen.

[1]) Fol. 5 a [2]. § 134. A. dni nostri ihesu xpi MCLXXX indict. III Frederici sanctissimi principis a. XXXV. tali consulatu mathei de radulfo et ugonis de muzone pridie ydibus iulii ego io. ba. etc. Die Jahre Friedrichs I. sind nicht richtig gezählt; doch liegt hier augenscheinlich ein Abschreiberversehen vor. Die genannten Consuln finden sich nicht bei Savioli, annali Bolognesi, Bassano 1789 II. p. I. p. 95 a. 1180 ind. XIII. Entweder sind die Namen fingirt oder später von den Abschreibern verändert, oder es sind zwei Consuln, deren Namen uns zufällig unbekannt geblieben sind. Sollte ugo de muzone vielleicht Guido Uguzzone (Consul 1180) sein? — [2]) Vgl. Savigny a. a. O. S. 308. 309. Diese beiden Summen sind heute verloren. — [3]) C. 2, 7, 9. — [4]) C. 1. 55, 2.

archiepiscopus, preses, pretor. Ordinariorum quidam sunt minores et uocantur clarissimi: quidam medij et dicuntur spectabiles; quidam maximi et dicuntur illustres, ut yn aut. coll. iiii de appellat. et intra que temp. § ad. hec[1]*), et C. de episc. et clericis l. raptores*[2]*).*

Pavia. Giovanni Tamassia.

Litteratur.

Soltau, die Gültigkeit der Plebiscite. Berlin, Calvary 1884. XII. und 175.

Niemand kann verkennen, dass der Verfasser der vorliegenden Untersuchung, der die Methode und Doktrin Mommsens in sich aufgenommen hat, eine tüchtige juristische Schulung besitzt und dieselbe im Allgemeinen taktvoll und sicher zur Anwendung bringt. Dass er das Material gründlich durchgearbeitet hat, ist aus seinen früheren Untersuchungen hinreichend bekannt, und demgemäss war zu erwarten, was sich denn auch bestätigt findet, dass seine Aufstellungen der Sachlage an sich entsprechen und auch in den nicht seltenen Fällen anregen, wo der einzelne Forscher sich vielleicht nicht in der Lage befindet, ihnen zuzustimmen. Die Darstellung ist klar, aber breit; ein Uebelstand den S. selbst gefühlt hat; die Sprache im Allgemeinen massvoll, zuweilen eindringlich, wie das natürlich ist, wenn Jemand nach langer Beschäftigung mit einem Gegenstande sich eine Ueberzeugung gebildet hat und dieselbe Anderen mitzutheilen bestrebt ist: so natürlich, ja nothwendig eine solche Empfindung ist, so bringt sie doch die Gefahr mit sich, eine an sich nicht wünschenswerthe und der Sache schädliche Schärfe in die Debatte zu tragen. Dieser Gefahr ist der Verfasser leider nicht immer entgangen: ich erlaube mir diese persönliche Bemerkung, weil ich es als Pflicht betrachte dafür einzutreten, dass in wissenschaftlichen Discussionen Gelehrter allmählich der Ton wieder heimisch wird, an den wir aus unserem privaten und gesellschaftlichen Leben gewöhnt sind.

In der Einleitung behandelt S. die Natur unserer Ueberlieferung und den Stand der Controverse. Er weist den Versuch von Ihne und Hennes, die lex Publilia von 339 als Doublette der früheren von 471 zu eliminiren, ebenso mit Recht zurück, wie die Bemühungen Anderer, in dem Wortlaut unserer Ueberlieferung einen Unterschied in den drei Gesetzen de plebiscitis ausfindig zu machen. Ueber seine Stellungnahme

[1]) Nov. 23, 2. — [2]) C. 1, 3, 53 (54).

zu der Auffassung Mommsens, der die lex Valeria und die lex Publilia Philonis auf die patrizisch-plebejischen Tributcomitien bezieht, wird unten zu sprechen sein, wo der Verfasser selber ausführlich auf dieses Thema zurückkommt. Die Axiome, die derselbe als Basis seiner Untersuchung alsdann aufzählt, die Verschiedenheit der patrum auctoritas von der lex curiata de imperio ebenso wie von einem Beschluss der angeblich rein patrizischen Curiatcomitien erscheinen natürlich auch uns unanfechtbar.

In dem zweiten grundlegenden Abschnitt p. 21—87 wird die Stellung der concilia plebis und der comitia tributa erörtert. Sicher nachweisen können wir patrizisch-plebejische Tributcomitien ungefähr seit der Mitte des fünften vorchristlichen Jahrhunderts; von 471 bis zu eben dieser Zeit werden plebejische Tributconzile allgemein angenommen: es fragt sich nun ob beide Versammlungen, wie jetzt vielfach vermuthet wird, zu identifiziren, oder ob beide auch nach 448 mit einer Minorität von Forschern zu trennen sind, freilich einer Minorität zu der Rubino und Mommsen gehören. Der Verfasser untersucht eingehend und gründlich die hier in Betracht kommenden Controversen: er beweist zunächst gegen Madvig und Ihne die Existenz patrizisch-plebejischer Tributcomitien sowohl für Wahlen als mit richterlicher und legislativer Competenz, die in der That nach dem Wortlaut der lex Quinctia bei Frontin — von vielem Andern abgesehen — zunächst für die Kaiserzeit und folgerichtig für die republikanische nicht bezweifelt werden kann: welcher irgend denkbare Grund sollte gerade damals zu einer so einschneidenden Veränderung bei einem mehr und mehr zurücktretenden Institut geführt haben? Dass daneben auch die plebejischen nach dem Sturz des Decemvirats weiter bestanden, wird in Uebereinstimmung mit Rubino, Mommsen und Willems gezeigt, treffend insbesondere die durchaus stumpfe Argumentation Clasons widerlegt. Eines könnte noch hinzugefügt werden: wenn, wie die Gegner wollen, im Jahre 448 die Patrizier das Stimmrecht in den bisher plebejischen Versammlungen erhielten, so durfte das nicht ausgedrückt werden „ut plebiscita omnes Quirites tenerent“, — denn dann gab es überhaupt keine Plebiszite mehr im römischen Recht —, sondern das Gesetz hätte lauten müssen ne concilia plebei tributim fierent — freilich ein Staatsstreich gegenüber dem Genossenschaftsgesetz der XII Tafeln, wenn man nicht etwa annehmen wollte, dass gleichzeitig rein plebejische Curiatcomitien eingerichtet wären.

In der That wird denn auch die Verschiedenheit der concilia plebis und der comitia tributa durch eine Reihe von Differenzen theils formaler theils materialer Natur erwiesen, die vom Verfasser der Reihe nach behandelt werden. Sie liegen — abgesehen von der abweichenden Zusammensetzung der Theilnehmer — in der Verschiedenheit der Sitzungstage, der Competenz, die sich nach dem einberufenden Beamten richtet, und demgemäss der zu erledigenden Gegenstände. Die zahlreich vorgekommenen Vertauschungen technischer Ausdrücke — populus für plebs, comitia tributa für concilia plebis, lex für plebiscitum — beruhen

auf Ungenauigkeiten und Missverständnissen unserer Ueberlieferung, die indessen da wo von Beiden nicht die Rede sein kann, bei Juristen und auf inschriftlich erhaltenen offiziellen Documenten, durchaus diejenige Terminologie giebt, die man erwarten muss. Endlich bezeichnet Mommsen als Verschiedenheiten der Concilia plebis und Comitia tributa bei den ersteren das Fehlen der Auspicien und der bei Tributcomitien nothwendigen patrum auctoritas. Was jene betrifft, so wird in sorgfältiger Untersuchung im Anschluss an Mommsen doch nicht ohne den Versuch einer Modification seiner Lehre gezeigt, dass den Tribunen — abgesehen von bestimmten Ausnahmsfällen — die spectio (d. h. die auspicia impetrativa) gefehlt hat, während sie die auspicia oblativa besassen. Jedenfalls ist endlich auch in der Lehre von der patrum auctoritas nichts enthalten, was einer Verschmelzung beider Versammlungen das Wort redete. S. freilich läugnet weitergehend die Nothwendigkeit der p. a. bei Tributcomitien überhaupt: m. E. mit Unrecht, denn: 1) ist der allgemeine Satz, dass die p. a. allgemeines Kriterium der lex publica populi Romani ist, vom Verfasser doch wol nicht erschüttert worden. Beruhte diese Norm wirklich, wie S. will, auf einer revolutionären Usurpation der Patrizier im Einführungsjahr der Republik, war sie darum weniger ein integrirender Bestandtheil des römischen Staatsrechts? Wenn die patres bis 448 die Praerogative besassen, erst durch ihre Autorisation rechtlich bindende Gesetze zu schaffen, konnte dann in einer neugeschaffenen Volksversammlung ihnen zu jener Zeit ein solches Recht genommen werden oder womöglich gar dasselbe ganz von selbst — denn so stellt der Verfasser sich die Dinge offenbar vor — in Wegfall gekommen sein? Dies der allgemeine Gesichtspunkt, der m. E. durchschlagend ist. 2) Bei Liv. 6, 41 und Cic. de dom. 14, 38 ist die a. p. bei Tributcomitien weggelassen, weil wir es hier mit einer stereotypen Wendung aus einer Zeit her zu thun haben, als es Tributcomitien noch nicht gab. 3) Wenn endlich Willems speziell bei Wahlen der Tributcomitien die a. p. ausschliessen will, weil sonst Flavius 305 nicht gewählt worden wäre, so muss bemerkt werden, dass unser Material viel zu lückenhaft ist, um eine Vermuthung darüber zu gestatten, welche Gründe eine solche Wahl ermöglichen konnten.

Ebenso wenig kann sich Ref. der Ansicht von S. über die Entstehung der comitia tributa anschliessen, welche in dem Satze gipfelt (p. 86), „dass die comitia tributa früher in praxi verwandt als gesetzlich conzessionirt gewesen sein werden". Letzteres sei in einem eignen Gesetz überhaupt nicht geschehn, zumal da legislative Competenz bis in späte Zeit diesen Comitien gefehlt habe. Ref. hält eine solche Auffassung rechtlich für ebenso irrig wie die Interpretation der ihr entgegenstehenden Quellenstellen. Sollte das wirklich Zufall sein, dass eine unanfechtbare und auch vom Verfasser unangefochtene Notiz bei Tacitus (Annal. XI, 22) die Quaestorenwahl, die stets in den Tributcomitien stattfand, von 446 datirt und dass in genau derselben Zeit das erste Auftreten dieser Versammlung mit (schieds)richterlicher Function bei Livius (III, 71) erwähnt wird? S. freilich nennt dieses Zu-

sammentreten der Tributcomitien ein ganz spontanes (p. 86): allein ich sehe nicht, worauf dieses Urtheil beruht, noch welche Tragweite es haben könnte; Livius, wenn man ihn nachschlägt, sagt ganz einfach: concilium populi a magistratibus datum est, als welche magistratus dann unmittelbar darauf die Consuln praezisirt werden. Wenn also den Tributcomitien schon in jener Zeit, d. h. gleich bei ihrem ersten Auftreten sowohl die richterliche als die elective Befugniss zugeschrieben werden muss, so ist es m. E. ebenso unthunlich, ihnen die legislative Competenz noch auf 100 Jahre abzusprechen, als unmöglich dieselbe und die anderen Competenzen ohne ein spezielles Einführungsgesetz rechtlich zu motiviren. Hienach erscheint die Schlussfolgerung unabweislich, dass ein Spezialgesetz kurz nach 450 die Existenz und Befugniss der Tributcomitien geregelt hat. Dies um so mehr, wenn man wie Ref. — freilich im Gegensatz zu S. — der Ansicht ist, dass die Tribus bis 312 resp. 304 nur die ansässigen Bürger umfassten, also keineswegs den gesammten populus enthielten und ohne rechtliche Norm binden konnten.

Im dritten Theil (p. 87—154) behandelt der Verfasser die drei Gesetze de plebiscitis selbst. Als pièce de résistence unserer Ueberlieferung erkennt der Verfasser mit Recht an, dass die allgemeine und bedingungslose Gültigkeit der Plebiszite seit der lex Hortensia von 287 datirt. Dies ergiebt sich gerade aus unseren juristischen Quellen, die eine Ungenauigkeit der Formulirung ausschliessen. Damit hängt es zusammen, dass seit 287 der Unterschied von lex und plebiscitum wenigstens sachlich verschwindet, wie das aus der Vertauschung der technischen Ausdrücke, aus der Abhaltung der Concilien an dies comitiales, aus der Ausdehnung der Obnuntiation auf Tribunenwahlen gefolgert werden muss. Es blieben als massgebende Eigenthümlichkeiten der Tributconcile die Leitung durch plebejische Beamte, der Ausschluss der Patrizier und der Mangel der auspicia impetrativa. Soweit erscheint ein Dissens kaum noch möglich: es fragt sich zunächst, welches Hinderniss bis 287 der allgemeinen Gültigkeit der Plebiszite im Wege stand, und ferner welche Bedeutung die in unserer Ueberlieferung unter einander und mit der lex Hortensia übereinstimmenden Gesetze von 448 und 339 gehabt haben. S. acceptirt die Auffassung Mommsens, dass jenes Hinderniss in der Nothwendigkeit eines Senatsconsults vor der Abstimmung gelegen habe und vertheidigt diese in der That durch die Sachlage durchaus erforderte Combination — entscheidend ist schon der Restaurationsversuch Sullas. cf. Appian I, 59, 28 und die überraschende Bestätigung C. I. L. I, 114 — gegen Hofmann, der die Gültigkeit der Plebiszite ohne Senatsbeschluss schon vor 287 angenommen hatte, sowie gegen die nicht bloss irrigen, sondern auch unmöglichen Theorien Anderer.

Hiemit ist die Auffassung der lex Hortensia von 287 gegeben: man könnte der Ansicht sein, bis zu einem gewissen Grade auch diejenige der lex Valeria. Denn wenn auch die Möglichkeit, dass schon seit 471 nicht standesrechtliche Beliebungen der Plebs unter eben diesen

Modalitäten allgemeine Gültigkeit hatten, die wir bis 287 finden, m. E. nicht ausgeschlossen werden darf, so liegt der Gedanke doch nahe, dass bei der Neuorganisation des ganzen Staatswesens nach dem Sturz des Decemvirats auch diese Bestimmung noch einmal ausgesprochen wurde. Wenn ich also bis dahin Soltaus Auffassung dieses Gesetzes beitrete, wonach dasselbe die allgemeine Gültigkeit der Plebiszite unter jener oben erörterten Bedingung festgesetzt oder besser wieder festgesetzt hat, so habe ich doch oben bereits die Gründe entwickelt, aus denen mir die von Mommsen aufgestellte Forderung, dass die um diese Zeit aufkommenden patrizisch-plebejischen Tributcomitien auch gesetzlich sanktionirt werden mussten, ganz unabweisbar erscheint. Sonach möchte ich nach dem Vorgange Karlowas (römische Rechtsgeschichte I, p. 118 ff.) die lex Valeria von 448 auf beide Versammlungen beziehen, so dass sie etwa den Wortlaut hatte: ut quod (e senatus sententia) tributim plebs iussisset itemque quod (ex auctoritate patrum) tributim populus iussisset, populum teneret. Wobei gegen Karlowa nur noch zu betonen wäre, dass m. E. bei allen Gesetzen über die Gültigkeit der Plebiscite es sich nicht um deren Gültigkeit für die Plebejer, sondern für das Gesammtvolk von Rom handelt. Dass die plebejischen Beliebungen für die Plebs verbindlich waren, wird nach 494 resp. 471 schwerlich Jemandem eingefallen sein zu bestreiten, und ebenso wenig der Ausschluss der nichtansässigen Plebejer vor 312 jemals angetastet worden sein.

Doch wir haben zu Soltau zurückzukehren, der von p. 149 ab seine Deutung des dritten in Betracht kommenden Gesetzes vertritt, der lex Publilia Philonis von 339. Er nimmt an, dass die Tribunen im Jahre 339 das Recht erhielten, den Senat zu berufen, und indem sie so die Beschlussfassung über ihre Rogationen erzwingen konnten, waren sie in der Lage einer Verschleppung ihrer Anträge entgegen zu treten; und in dieser Modification sieht der Verfasser den Inhalt der lex Publilia. Dies wäre an sich vielleicht denkbar: allein abgesehen davon, dass wir nicht bestimmen können, um welche Zeit die Tribunen jenes Recht erhielten, in dessen Besitz wir sie allerdings später finden, so giebt unsere Ueberlieferung keine Andeutung, welche zu dieser Auffassung unseres Gesetzes führen könnte. Dasselbe wird durchaus aufgeführt als ein Gesetz über Gemeindebeschlüsse, nicht wie danach erwartet werden müsste über die Competenz der Tribunen. Und wenn S. eine dem entsprechende Veränderung aus der Tradition herausfühlt, insofern seit 339 nicht mehr in dem Masse wie früher Verschleppung von Gesetzberathungen vorkommen, so darf nicht vergessen werden, dass wir es nach 366 doch nur mit den letzten Zuckungen eines in seiner Hauptsache entschiedenen Kampfes zu thun haben.

Ref. glaubt wie oben dargelegt mit Mommsen auch die lex Publilia Philonis auf die patrizisch-plebejischen Tributcomitien beziehen zu müssen. Ich verweise über alles Nähere auf die römischen Forschungen I, p. 163 ff. und habe nur noch in Kürze Folgendes zu sagen:

Wer die auctoritas patrum als nothwendiges Erforderniss des Tributcomitialbeschlusses ebenso wie jeder anderen Beliebung des Gesammtvolkes ansieht, wird die Annahme nicht umgehn können, dass jene Modification, welche die a. p. bei Centuriatgesetzen bekanntlich durch eine lex Publilia von 339 erlitten hat, in gleicher Weise die Bestätigung des Tributcomitialbeschlusses betroffen hat. Diese Annahme, welche in der That durch die innere Logik der Dinge erfordert wird, findet ihre Bestätigung in Livius I, 17: hodie quoque in legibus magistratibusque rogandis usurpatur idem ius — das Bestätigungsrecht der patres — vi adempta: priusquam populus suffragium ineat, in incertum comitiorum eventum patres auctores fiunt. Andrerseits ist es kaum wahrscheinlich, dass, nachdem die p. a. in Bezug auf Centuriatgesetze ihrer faktischen Bedeutung zum wesentlichen Theil entkleidet war, man sie für Tributgesetze noch weiter bestehn liess. Nach alledem erscheint die Vermuthung naheliegend, dass von den beiden leges Publiliae des Jahres 339 die zweite dieselbe Bestimmung hinsichtlich der p. a. für Tributcomitien traf, welche die erste für Centuriatbeschlüsse anordnete. Auffallend muss von diesem Standpunkte die ganz verschiedene Formulirung dieser Gesetze, die wir vielmehr für ein Gesetz zu halten geneigt sind, bei Livius erscheinen: allein Nichts steht im Wege anzunehmen, dass hier bei Livius, wenn auch vielleicht nicht von ihm zwei Quellen contaminirt sind, von denen die eine die streng juristische Formulirung, die andere die faktische Bedeutung, wenn auch letztere ungenau, mitgetheilt hatte. Denn allerdings wurden nun die populi iussa von einem Hinderniss befreit, welches ihrer allgemeinen Gültigkeit bis zu einem gewissen Grade entgegenstand. In dem letzten Abschnitt p. 155—168 behandelt S. den Decemvirat und sucht nachzuweisen, dass die von ihm vorgeschlagene Reconstruction der ältereren Verfassungsentwicklung mit den Nachrichten über jenen sehr wohl übereinstimmt.

Dieser Theil hängt eng mit den vorhergehenden Deductionen des Verfassers zusammen, wodurch eine gesonderte Discussion des Details ausgeschlossen ist. Ich hebe Folgendes heraus: der Verfasser betrachtet den Decemvirat als eine dauernd gedachte Behörde mit Zulassung der Plebejer zum Regiment und eben desshalb mit Ausschluss der Provokation. Dem Einwand Voigts, dass gerade in den XII Tafeln die Provokation an den comitiatus maximus angeordnet wird, sucht er die Spitze dadurch abzubrechen, dass er den Ausschluss der Provokation als die Absicht der den Decemvirat einführenden Partei hinstellt, eine Absicht, der dann die Zehnmänner selbst zuwidergehandelt hätten. Ich kann diesen Ausweg nicht für glücklich halten: vielmehr ist m. E. bei der Auffassung des Decemvirats die reguläre Competenz, die ihm für immer verbleiben sollte, zu scheiden von der extraordinären, die ihm für die Dauer der Gesetzgebung verliehen wurde. Denn dass der nächste Auftrag der Zehnmänner ein extraordinärer war, ist unzweifelhaft, und schon durch den Titel bezeugt: X viri legibus scribundis (so die Fasten), der sicher nicht dauernd gedacht sein konnte; dass dem nun auch eine ausserordentliche aber temporäre Competenzerweiterung entsprach, ist ganz in der

Ordnung. — Doch ich breche hier ab und habe nur noch Eines zu bemerken.

Es ist ein Uebelstand kritischer Besprechungen, dass in ihnen die abweichenden Anschauungen des Referenten mehr als die zustimmenden hervortreten, und die Gefahr daher naheliegend, dass der Leser eine schiefe Vorstellung von der Sachlage erhält. Dem gegenüber wird es genügen auf das oben motivirte Urtheil noch einmal zu verweisen, dass die vorliegende Untersuchung wie die früheren desselben Verfassers eine Bereicherung unserer staatsrechtlichen Litteratur bildet.

Richard Maschke.

P. Willems, le sénat de la république Romaine. Appendices du tome I et registres. Louvain 1885.

I. Die „appendices" begleiten eine neue Ausgabe von Band I. des früher auch in dieser Zeitschrift (III. 169 flg. V. 283 flg.) besprochenen Werkes. App. I ist bestimmt, an Stelle des „appendice" p. 626 flg. der 1. Ausgabe zu treten, und enthält, veranlasst durch Blochs inzwischen erschienene Arbeit „de decretis functorum magistratuum ornamentis etc." (1883) eine erweiterte Ausführung der nunmehr auch gegen diesen Autor verteidigten Annahme der Einheitlichkeit des Ornamentenrechts.

App. II—V sind ganz neu. App. II ward hervorgerufen durch den Widerspruch, welcher sich sehr zahlreich gegen Willems' Ausführungen über die ursprünglich rein patricische Zusammensetzung des Senates erhoben hat. App. III wendet sich speciell gegen Lange, dessen Programm de plebiscitis Ovinio et Atinio (1879) bereits gegen Willems Band I. geschrieben worden war, und behandelt die senatorischen Rechte des flamen Dialis, den Inhalt der lex Ovinia und den Zeitpunkt der lex Atinia.

App. IV und V endlich beschäftigen sich mit zwei erst neuerdings publicirten Senatusconsulten, deren eines, die Inschrift von Adramytium (Ephem. IV. 212 sq.), jedoch der Verfasser nicht als einen Senatsschluss gelten lässt, vielmehr für ein magistratisches Edikt de consilii sententia erklärt. Dasselbe ist ihm zugleich desshalb wichtig, weil es die Reihenfolge patricischer und plebeischer Mitglieder nicht nach dem Stande, sondern lediglich nach der Anciennität aufweist.

II. Den Appendices schliessen sich in dem uns vorliegenden Hefte „Additions et corrections" (p. 715—719) zu Band I an. Von letzteren (corrections) finden sich freilich verhältnissmässig wenige, da der Verfasser seine Meinung in den meisten Fällen den inzwischen ihm erwachsenen Gegnern gegenüber festzuhalten weiss. Was er geändert

hat, bezieht sich im Wesentlichen auf geringfügige Punkte innerhalb der zahlreichen Details der von ihm reconstruirten Senatslisten [1]).

III. Mit den Registern ist der Verfasser in dankenswerther Weise einem von vielen Seiten ausgesprochenen Wunsche nachgekommen. Dieselben enthalten ausser einem alphabetisch geordneten Materienverzeichniss ein Register der vorkommenden griechischen Termini, eines der Eigennamen, eines der Cognomina und endlich eines der ausführlicher behandelten Klassikerstellen. Unter diesen wird namentlich das Eigennamen-Register wegen der in dem Buche enthaltenen zahlreichen Details über Personalien für die wissenschaftliche Forschung sich als brauchbar erweisen.

Fragen wir nach der wissenschaftlichen Bedeutung der in den Appendices gegebenen neuen Ausführungen, so ist jedenfalls anzuerkennen, dass der Autor mit Takt und Energie und mit guten Waffen seinen Gegnern gegenübertritt. Handelt es sich doch für ihn auch um Fundamentalsätze seines Systems. Aber es ist nicht leicht, unter dem Für und Wider der Meinungen sich jetzt zurechtzufinden, da schliesslich doch die Mehrdeutigkeit mancher Quellenäusserungen anerkannt werden muss und man sich dadurch öfters zu einem Non liquet als zur Erfassung einer der beiden Gegenansichten gedrängt sehen dürfte. So geht es z. B. mit der Erklärung des Ausdruckes patres conscripti. Der Verfasser hält daran fest, dass das zweite dieser Worte adjektivisch zu nehmen sei, in dem einmal von Dionysius geäusserten Sinne der „eingeschriebenen patres", und er sucht die Erklärungen des Livius und Festus dadurch zu entkräften, dass er dieselben lediglich als missverständliche Versuche der Lösung einer philologischen Streitfrage hinstellt. Gewiss würde es unrichtig sein, das Hypothesenhafte dieser Angaben verkennen zu wollen. Allein darüber ist doch nicht hinauszugelangen, dass es sich um eine alte Formel handelt, in der die conscripti etwas Anderes sind, als die patres, und, das Alter jener Formel zugegeben, liegt es jedenfalls am nächsten, die Plebeier darunter zu verstehen. Die Berufung auf die Municipalgesetze der späteren Zeit, von welcher der Verfasser jetzt Gebrauch macht, hält nicht Stand. Denn selbst die lex Julia hat wenigstens einmal (lin. 124) decurionibus conscripteisve und in der lex Salpensana et Malacitana ist die differenzirende, wie Willems selbst hervorhebt (p. 652), die bei weitem häufigste Form.

Was den Inhalt der lex Ovinia anlangt, so scheint Willems gegen Lange das Alter des sog. ius sententiae dicendae siegreich zu behaupten, und gewiss erklärt er sich mit Recht gegen die Langesche Unterscheidung eines licere sententiam dicere von jenem ius. Man darf in der Differenzirung hier nicht weiter gehen, als es die Quellen unerlässlich postuliren. Aber Willems leugnet doch wohl mit Unrecht den effectiven Unterschied zwischen dem Recht des wirklichen Senators

[1]) Dass die Correkturen übrigens nicht immer correkt sind, zeigen z. B. die Bemerkungen zu p. 232. 253, l. 27. p. 490. Doch betrifft dies nur Kleinigkeiten.

und dem ius sententiae dicendae, einen Unterschied, auf welchen z. B. Gell. XIV, 8 ganz entschieden hindeutet. Wir können daher in dieser Hinsicht den Wunsch, welchen wir früher (Zeitschr. III, 173) in Betreff einer Klarlegung der verschiedenen Senatorenrechte ausgesprochen haben, auch jetzt noch nicht als erfüllt bezeichnen. Vielleicht gehört aber auch er zu denjenigen, welche nach Lage der Quellen unerfüllbar sind.

Persönlich sei es uns gestattet, zu bemerken, dass gegen die Annahme, die Plebeier seien nach der ersten secessio in den Senat gelangt, die von Willems (p. 663, 2) gemachte Bemerkung über die damals noch geltende Zurücksetzung der Plebstribunen im Senat einen zwingenden Gegengrund nicht liefern dürfte. Der Verfasser hat selber am Besten gezeigt (II. 137 sq.), wie allmählich sich das Recht dieser Magistrate zur Teilnahme an den Senatssitzungen entwickelt hat. Dass diese Entwickelung aber bereits hätte vollendet sein müssen, ehe der plebeische Bürger einen Sitz im Senat erhalten konnte, möchte des Beweises selbst erst bedürftig sein.

J. Merkel.

Contardo Ferrini, storia delle fonti di diritto Romano e della giurisprudenza Romana. Milano, Hoepli 1885. XII, 150.

Eine Geschichte der römischen Rechtsquellen, abgesondert von der Geschichte des Statsrechts, wie sie Ferrini versucht hat, ist an sich wol durchführbar. Sie beantwortet die Frage: auf welche Weise in den verschiedenen Zeiten die rechtliche Ordnung geschaffen und fortgebildet worden ist. Daraus ergibt sich freilich eine gewisse Schwierigkeit für die Abgrenzung des Gebietes gegen das des öffentlichen Rechtes. Wenn man das Wesen des prätorischen Ediktes (S. 17) und das Verfahren der Wissenschaft (S. 88 ff.) bespricht, so muss man folgerichtig auch von der Technik der Gesetzgebung handeln: nicht bloss die Organe der Gesetzgebung gehören hierher (S. 9 f.), sondern sollte ich meinen, auch die Art, wie die Gesetze beantragt und zur Abstimmung gebracht werden. Das greift allerdings in den Kreis der 'statsrechtlichen' Lehren hinüber; aber jede Darstellung einer Entwickelung soll aus sich selbst heraus begriffen werden. Deshalb hätte Ferrini hier wol mehr geben können. Vielleicht hätte dies auch zu einem anderen Urteile in Betreff eines einzelnen Punktes geführt. Bruns (Encyklop. S. 123) und F. (S. 60 f.) finden den Grund für die Spärlichkeit der privatrechtlichen republikanischen Gesetze im Dasein des Ediktes. Aber die Gesetzgebung wird gerade lebhafter seit dem hannibalischen Kriege, wo der Prätor gleichfalls erst einzugreifen beginnt. Umgekehrt scheint mir zutreffender: die Comitialmaschine war zu solcher Arbeit ungeeignet, wie die Oberbeamten zu den entsprechenden Entwürfen; deshalb nahm der Prätor

die Sache in die Hand. Wie bei der Gesetzgebung wird auch bei der julianischen Ediktsredaktion (S. 93) an den 'statsrechtlichen Fragen' vorbeigegangen; wir erfahren nicht, ob das ed. perpetuum nun einfach Gesetz war; wie es mit dem Edicieren der Prätoren vor und nach Hadrian stand; ob es ein einheitliches Provinzialedikt gegeben hat.

Löst man so die Rechtsquellengeschichte von der übrigen Entwickelung ab, so liegt die Gefahr nahe, dass die Darstellung leblos und trocken werde. Denn man sieht ja nur die Formen und die Werkzeuge der Neuschöpfung; aber nicht was sie bewegt und was sie zu Stande bringen. F. hat versucht, wenigstens die allgemeine Richtung des Fortschrittes zu bezeichnen; aber ich glaube nicht, dass er darin besonders glücklich gewesen ist: davon nachher (S. 156). Endlich hängt es wol auch mit der Trennung zusammen, dass das Gewohnheitsrecht nur ganz beiläufig gestreift wird (S. 22 A.); sein neuerdings mehrfach besprochenes Verhältnis zu den Ediktssätzen (Wlassak, Ed. u. Klagform S. 7 ff.) bleibt beiseite. F. hätte seine Stellung zu der Frage wol mit einem Worte andeuten können. Gar nicht einmal erwähnt ist unter den Rechtsquellen der Gerichtsgebrauch. Es wäre möglich, dass F. in der rerum iudicatarum auctoritas mit Lenel (Exceptionen S. 72 ff.) nur ein Mittel für die Erkenntnis des Gewohnheitsrechtes sähe. Dann hätte er wenigstens auf dies eingehen, jedesfalls sich mit der entgegenstehenden weitverbreiteten Anschauung (Bekker, Aktionen 2, 154 ff.) auseinandersetzen sollen, die mir auch die Ciceros und seiner Zeitgenossen zu sein scheint (ad Her. 2, 10. 14; 29, 46; Cic. de inu. 2, 67; top. 28). Ja, man darf fragen, ob nicht in eine Geschichte der römischen Rechtsquellen eine Erörterung über die Theorie der Juristen und Philosophen von den Rechtsquellen, über das gegenseitige Verhältnis von Gesetz und Gewohnheit, Gesetz und Edikt hineingehöre. Der Charakter des Werkes hätte trotz dem allem gewahrt bleiben können.

F. hat sein Buch vorzugsweise als Leitfaden für Studenten bestimmt (S. XI) und als Einführung in exegetische Vorlesungen gedacht (S. XII). Deshalb bringt es nicht Untersuchungen, sondern nur Ergebnisse fremder und eigener Forschung, die in kurzen Anmerkungen durch Hinweise auf die zu Grunde gelegten Erörterungen gerechtfertigt werden. So erscheint das Ganze als Zusammenfassung des neuesten Standes der Wissenschaft, vor allem der deutschen, und ist als solche sehr willkommen und brauchbar. Wir sehen jetzt, wie merklich das Bild seit den Tagen Puchtas und Rudorffs sich vervollständigt und verändert hat. Freilich werden die Rechtshistoriker, die so streng gegen fremde 'Vermutungen' wie nachsichtig gegen eigene 'Entdeckungen' zu sein pflegen, manchmal den Kopf schütteln über das was den Studenten hier als 'Wahrheit' vorgetragen wird. So steht F. in der Darstellung des Schulstreites dem Pomponius vollständig frei gegenüber. Er knüpft die Anfänge nicht an den Gegensatz zwischen Labeo und Capito an ('wie hätte der jenem die Stirne bieten können?' S. 62), sondern wesentlich an die von Sabin (Masurius heisst er, nicht Massurius) und Pro-

culus geleiteten Schulen stationes [1]). Die Verschiedenheiten seien 'unverbunden und mannigfaltig', 'ohne systematische Grundlage' (S. 63). Vielleicht liesse sich doch noch tiefer eindringen. Aber vorläufig mag abgewartet werden, ob eine 'methodische' Sammlung der Controversen Ausbeute gewährt und zu sicheren Ergebnissen führt: ich bekenne meinen Unglauben in beiden Beziehungen. Den neuesten Versuch der Lösung von Schanz, der seltsamerweise den Beifall Sohms gefunden hat [2]), lässt F. ganz unberücksichtigt. Dass der Höhepunkt der römischen Rechtswissenschaft in der Zeit Hadrians liegt, darüber waren alle Kundigen längst einig; Ferrini schliesst sich dieser Anschauung natürlich an (S. 72 f.). Er belebt die Darstellung durch den Hinweis auf den Gegensatz zwischen Celsus und Julian (S. 74), den schon Cujaz erkannt hatte. Dass er den Marcell in Opposition zu den 'modernen Gedanken' Julians treten lässt (S. 75. 81), scheint auch mir zutreffend; vielleicht führt er uns das hier behauptete im einzelnen aus [3]). Der Verfall der Rechtswissenschaft 'beginnt schon in den Werken Ulpians' (S. 85); er wird als Compilator namentlich des Pomponius geschildert (S. 84) — ich kann nicht widersprechen. Von da ab 'sanken' Wissenschaft und Unterricht im Abendlande 'schnell und elendiglich' (precipitava miseramente), der Orient aber bewahrte die klassischen Ueberlieferungen (S. 90 u. 129). Das geht nicht auf die neuerdings belobten Ministerialräte des absoluten Kaiserreiches — sie kommen vielmehr schlecht weg (S. 103 f.) —, sondern auf die Rechtslehrer von Beryt. Die turiner Institutionenglosse gehört ihrem Hauptbestande nach einer 'sehr viel älteren Zeit' (als Justinian) an (S. 129); sie kann also der Verfallzeit nicht zu gute gerechnet werden. Die epitome Gaii aber ist ein 'barbarisches Lehrbuch', eine 'ungeordnete, zusammenhangslose, schlechtgeschriebene Arbeit'; sie kann unmöglich in Rom entstanden sein; sie gehört wahrscheinlich einer gallischen oder spanischen Rechtsschule an, vielleicht der Marseiller. (In welcher Zeit die epitome entstand, sagt F. nicht; im 5. Jahrhundert war man vielleicht in Marseille gelehrter als in Rom.) Diesen Versuchen gegenüber sind die Arbeiten der oströmischen Rechtsgelehrten 'unvergleichlich bedeutender' (S. 130). Sie werden uns bis zum Tode Justinians aufgezählt, selbst die bloss vermuteten, wie eine Monographie über die gesetzwidrigen Vereinbarungen (Bas. 11, 1. 67 sch. 1) Cyrills, des 'Helden und gemeinen Lehrers des

---

[1]) Solche Anschauungen bezeichnet jetzt Landucci (storia del diritto R. p. 124 [21]) als 'zu umstürzerisch' (troppo ruina): Pomponius berichte unzweideutig; die beiden stationes müsten von L. u. C. eröffnet sein (doverano essere inaugurate). Das stürzt freilich den Pomponius nur halb um: denn der spricht nicht von stationes, sondern von sectae; er hat den Labeo nicht zum Schuldirektor gemacht; vgl. Landucci p. 107 s. — [2]) Institutionen S. 45 [wesentlich anders jetzt 2. Aufl. S. 59]. — [3]) Seither hat Ferrini angefangen einzelne römische Juristen aus ihren Schriften zu charakterisieren; den Atilicin (Zschr. f. RG. NF. 7, 85); den Pedius (rivista Italiana per le scienze giuridiche 1, 34 ff.); den Cascellius, Vivian und Fulcinius (rendiconti dell' Istituto Lombardo, ser. II, 19, fasc. 10 u. 15).

Erdkreises'. Ich kann mich des Eindruckes nicht erwehren, dass F. doch wol die wissenschaftliche Kraft dieser 'Heroen' und die praktische Wichtigkeit ihrer Werke (S. 145) einigermassen überschätzt, aus begreiflicher Vorliebe für ein Gebiet, auf dem er vollständig zu Hause ist und das er mit so ausgezeichnetem Erfolge bearbeitet.

Die ganze Darstellung zerfällt nach den bekannten statsrechtlichen Perioden in vier Teile: Königszeit, Republik, Dyarchie, absolutes Kaisertum. Der erste Teil behandelt nur die leges regiae. F. fasst sie im allgemeinen als Ritualvorschriften auf. Doch meint er, es könnten auch wahre Königsgesetze darunter sein, wie die lex Numae über parricidium (S. 3). Mir scheint dies berühmte 'Gesetz' äusserlich so vollständig den Satzungen des ius Papirianum (und darüber hinaus lässt sich nicht gelangen!)[1] zu gleichen, dass es von diesen nicht wol getrennt werden kann, vor allem nicht von der Vorschrift über unfreiwilligen Totschlag. Wie dieses (XII. 8, 24) und wie das Verbot des Treubruchs am Klienten (8, 21), so wird auch jenes in irgend einer Form von den XII Tafeln wiederholt worden sein (XII, 8. 25; Schöll p. 57). — Im 2. Teile stellt F. die XII Tafeln (S. 5) als Zusammenfassung des Gewohnheitsrechtes dar: wenig neues, sehr wenig Griechisches ist zugefügt (S. 6), aber 'viele Institute des Plebeierrechtes' sind aufgenommen. Ein Beispiel für diese Behauptung wäre erwünscht gewesen. Die Plebeier waren doch auch Latiner; woher sollen ihnen die Sondereinrichtungen gekommen sein? — Die Comitialgesetzgebung der Republik (K. 2, S. 9) ist dürftig; die einzelnen Gesetze werden aufgezählt; darunter (S. 11) die lex Maenia de dote, die m. E. ein reines Phantasiestück ist. Dass ein Volksgesetz 'ohne besondere Veröffentlichung' galt (S. 15), ist, wie mir scheint, eine stark doktrinäre Behauptung: denn alle römischen Gesetze werden auf Erz geschrieben öffentlich ausgestellt (Lange, röm. Alterthümer 2, 607 f., vgl. Mommsen, röm. Forschungen 1, 340). War das statsrechtlich notwendig oder nur ausnahmslose tatsächliche Uebung? Die ehernen tabulae missionum scheinen mir für ersteres zu entscheiden. — Das prätorische Edikt (K. 3, S. 16) wird charakterisiert als das Mittel dem ius gentium Eingang in Rom zu verschaffen. Darum wol setzt F. (S. 18[2]) das Edikt des Fremdenprätors früher als das des städtischen; er meint mit Puchta (Inst. 1, § 83 S. 205), der das sogar 'natürlich' findet, dass vor jenem nicht lege agiert, also doch wol mit Formel geklagt worden sei. Diese Vorstellung ist eigentümlich: vor 242|512 entschied der Stadtprätor die Processe der Ausländer; er hatte also reichlich dieselbe Veranlassung wie der andere Prätor zu edicieren; indessen sie haben es fürs erste beide nicht getan. Die Meinung aber, dass vor dem Fremdenprätor seit a. 512 mit Formeln geklagt sein soll, ist innerlich unhaltbar: wie

[1]) Ein seltsames Misverständnis ist es, wenn F. (S. 3) das ius Papirianum in Titel eingeteilt denkt nach Servius, Aen. 12, 836 (mit Thilos Note): quod ait (Vergilius) 'morem ritusque sacrorum adiciam' ipso titulo legis Papiriae usus est. Das heisst doch offenbar Ueberschrift.

hätte man dann solange, hundert Jahre noch, sich mit Legisaktionen gequält? (F. setzt die lex Aebutia um 150 (S. 16), meines Dafürhaltens entschieden zu früh.) Sie widerspricht zugleich geradezu der l. Acilia Z. 23: [aut quod cum eo l. Calpu]rnia aut lege Iunia sacramento actum siet: es wird von den Fremden natürlich vor dem pr. per. geklagt[1]). Endlich scheint mir die Anschauung auch mit der Tatsache unvereinbar, dass es einer Fiktion bedurfte, wenn der Fremde mit der Diebstalsformel klagen wollte (Gaius 4, 37). Man überschätzt die Bedeutung des Fremdenprätors für die Rechtsentwickelung vielfach stark; seine Einsetzung hatte höchst wahrscheinlich einen recht zufälligen Anlass (Mommsen, Statsrecht 2ª, 185) und die beiden Jurisdiktionen sind bekanntlich sehr häufig in Einer Hand vereinigt gewesen[2]). An das Edikt schliesst sich (K. 4, S. 20) eine Uebersicht der republikanischen Rechtswissenschaft. Neu ist hier die Konjektur zu Pomponius § 69: et exstant uolumina *in*scripta (für scripta) Manilii mon*i*menta. Das Buch soll: 'Mahnungen', 'Hinweise', 'Anleitungen' überschrieben gewesen sein (F. hat wol an das 'monitorische Edikt' gedacht), und dies soll die 'Kautelarjurisprudenz' treffend bezeichnen (S. 27). Dieser Sinn des Wortes monumentum aber ist nirgends bezeugt und es fiele damit aus der Analogie ähnlicher Bildungen heraus, wie testamentum, iuramentum, condimentum, u. s. w. (Varro, de l. L. 6, 45), die nicht eine Handlung, sondern das Mittel der im zugehörigen Verbum ausgedrückten Handlung bedeuten[3]). Q. Cosconius erscheint hier (S. 29) m. W. zum ersten Male unter den Juristen. Seine von Varro (de l. L. 6, 89) erwähnten actiones, in denen etwas vom Prätor und accensus stand, sollen nach F. actiones des öffentlichen Rechtes gewesen sein. Ich bekenne diesen Terminus nicht zu verstehen; wir wusten bisher höchstens von *iudicia* publica rei priuatae (Cicero, de ND. 3, 74); und actiones publicae scheinen mir trotz I. 1, 26. 3 ein unklassischer Begriff. Vor allem aber: sollte Cosconius, der über den Tod des Terenz und über Wortbeugung schrieb, nicht einfach unter die Grammatiker gehören (Teuffel, Litt.-Gesch. S. 252, 253, 7; vgl. Huschke, Jprud. p. 8)? Das dritte Buch eröffnet ein Ueberblick über die Gesetzgebung der ersten Kaiserzeit (Volk, Senat, Princeps: K. 1 S. 45), der in Bezug auf die Constitutionen der Meinung Mommsens und Wlassaks folgt und das ius extraordinarium als selbständigen Rechtsteil verwirft (S. 45 A., S. 54 f.). — Sehr ausführlich ist die Rechtswissenschaft der Kaiserzeit behandelt (K. 2, S. 55), und einen Anhang dazu bilden (K. 3, S. 91) die

---

[1]) Freilich meint Puchta 1, § 80 e, S. 193: 'dass sacramento agere ex l. Calpurnia identisch gewesen sei mit dem s° agere ex XII tabulis, ist eine unbegründete Supposition'. Man kann Schwierigkeiten nicht einfacher beseitigen. Gaius 4, 31 dagegen sagt: sane quidem cum ad Cuiros itur ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum uel peregrinum; er unterscheidet anscheinend nicht. — [2]) Livius 24, 44. 2; 25, 3. 2; 35, 41, 6; mehr Stellen bei Weissenborn zu Livius 31, 6. 2. — [3]) Ob man mon*u*m. oder mon*i*m. schreibt, ist ganz gleichgiltig: darin hat Landucci (st. d. dir. p. 113[12]) m. E. Recht. Aber auch er will darin 'Hinweise' oder gar 'Befestigungen' (munimenta) finden.

uns erhaltenen Bruchstücke von Juristenschriften. Das Aufblühen der Wissenschaft wird aus der allgemeinen Achtung erklärt, in welcher die Juristen standen (die denn doch ihrerseits wieder zu erklären wäre) und aus dem Erfordernisse der Rechtskunde für die procuratorische Laufbahn (was freilich erst seit Hadrian in Betracht kommt: S. 56). Gaius wird ziemlich abfällig als Provinzialjurist beurteilt, sein Name für das cognomen gehalten (S. 77). T. Aelius Aristo (S. 71) ist wol nur ein Druckfehler. Was F. über das ed. perpetuum sagt (K. 4, S. 93), schliesst sich genau an Lenel an: die Titelüberschriften werden aufgezählt. — Nach einigen allgemeinen Betrachtungen wendet sich F. im 4. Buche zu den Rechtsquellen des absoluten Kaisertums (S. 103): die neue kaiserliche Gesetzgebung (wobei die rechtliche Bedeutung der Reichsteilung nicht zutreffend aufgefasst scheint: Mommsen, Hermes 17, 523 ff.), die Sammlungen der leges und des ius, das Citiergesetz, Justinians Kodifikation und der Rechtsunterricht werden besprochen[1]). Was das Citiergesetz angeht, so bestreitet F. ausdrücklich (S. 112 f.) und mit vollem Rechte die neue Auslegung von Sohm (Inst. S. 56 A.)[2]). Danach sollen die Richter und die Parteien durch die Worte: *si tamen eorum libri .. codicum collatione firmentur* auf künftige 'Sammlungen' des ius verwiesen werden, die dann nicht zu Stande kamen. F. nennt das eine 'seltsame Anordnung'. Der Plural codices ist vor allem dabei verwunderlich. Aber die Voraussetzung von Sohms Deutung ist, 'das Wort codices kann für jene Zeit (426) nicht mit 'Handschriften' übersetzt werden'. Diese Behauptung kann man freilich nicht mit F. (S. 113) durch den Hinweis auf c. Tanta § 22 widerlegen: sie ist ein volles Jahrhundert jünger als das Citiergesetz; tatsächlich aber ist die Auslegung unhaltbar. Es kann dahin gestellt bleiben, wie weit ins Altertum Pergamenthandschriften (codices) hineinreichen. Jedesfalls ist selbst nach der dem Alter des Pergamentes ungünstigsten Annahme zur Zeit Theodos' I. der Sieg des codex entschieden; seit dem 4. und 5. Jahrhundert beginnt man die alten Papyrusrollen in Pergamentbände umzuschreiben (Birt, d. antike Buchwesen S. 41, S. 95 ff., S. 371 ff., vgl. Rohde, GGA. 1882, S. 1546 f.). Dass dies auch den Juristenschriften widerfuhr, ist natürlich: wie hätten sich sonst die grossen Werke des Julian, Ulpian und Paulus bis Justinian vollständig erhalten? Es ist uns ausserdem von einem sachverständigen Zeitgenossen ausdrücklich bezeugt. Ammian in seiner berühmten Schilderung des Gerichtswesens seiner Zeit, sagt (30, 4. 16) von den Anwälten: cum autem ad inopiam muniendarum uenerint *allegationum*, ad effrenatam deflectunt conuitiandi licentiam ... e quibus ita sunt rudes nonnulli, *ut numquam se codices habuisse meminerint*, et si in circulo doctorum auctoris ueteris inciderit nomen piscis aut edulii peregrinum esse uocabulum arbitrantur.

---

[1]) Dass F. (S. 120) die Sigle ff für eine Verderbung aus π hält, ist auffällig; sie ist aus einem verzogenen D entstanden: Böcking, Pand. 1,* 13; Fitting, Zschr. f. RG. 12, 300 f. — [2]) Jetzt in der 2. Aufl. S. 76 etwas abgeschwächt.

Ich meine, das ist deutlich, und einer Berufung auf eine gleichartige Aeusserung des h. Augustin (de doctr. Christ. 2, 12) bedarf es kaum mehr.

Durch das ganze Buch ziehen sich zwei Gedanken, mit deren Ausführung ich nicht ganz einverstanden sein kann. I, Die Entwickelung des röm. Privatrechtes wird als ein immer vollständigerer Sieg der aequitas über das ius strictum dargestellt. Das prätorische Edikt erscheint 'fast als eine Kodifikation der im ius gentium verkörperten aequitas' (S. 18); als Aufgabe des Kaiserreiches wird es bezeichnet die mannigfaltigen Rechte zu einen und der 'Billigkeit' die Oberhand zu verschaffen (far trionfare l'equità: S. 45, 53); der Fortschritt während der Dyarchie wird als 'fortgesetzter Sieg' der aequitas über das ius strictum, des ius gentium über das ius ciuile charakterisiert (S. 98); ja, der Gesetzgebung der absolutistischen Zeit wird nachgerühmt, 'sie habe mit gesunder Rücksicht auf die Bedürfnisse der aequitas zur Entwickelung beigetragen' (S. 103). Auch durch die Wissenschaft 'dringt der belebende Hauch des ius gentium' ins röm. Recht ein (S. 20); die Wissenschaft der Kaiserzeit erstrebt und erlebt den Triumph der 'aequitas über die Beschränktheit (angustie) des ius ciuile' (S. 55). Diese Tendenz kommt aus der Wissenschaft selbst; der Einfluss der griechischen Philosophie ist hier verschwindend gering, nur etwa in der Behandlung des partus ancillae sichtbar (S. 28); die Einwirkung des Christentums ist sehr fragwürdig (S. 99). — Dieses Schema scheint mir in mehrfacher Beziehung zu enge, und die Auffassung einseitig. Sie mag auf die theoretische und praktische Wissenschaft passen, die an das positive Recht gebunden ist, und aus keinem anderen Gesichtspunkte als dem durch dieses vorgezeichneten operieren darf. In der Tat hat sie in grossartigster Weise auf rein privatrechtlicher Grundlage das officium iudicis durch die bona fides allmählich ausgeweitet (S. 99, 5). Hier ist wirklich nach der bekannten Begriffsbestimmung der Billigkeit (*τὸ ἐπιεικὲς*) bei Aristoteles verfahren: die Billigkeit tritt auf als die Berichtigung des Gesetzes, wo es wegen seiner allgemeinen Fassung unzulänglich war (*ἐπανόρθωμα νόμου ᾗ ἐλλείπει διὰ τὸ καθόλου*). Aber F. fasst den Begriff der aequitas offenbar weiter: er stellt fünf Hauptgrundsätze (principi cardinali) zusammen: ratio sanguinis, fides, Gleichverteilung von Schaden und Vorteil, Uebergewicht des Parteiwillens über das Wort, Rücksicht auf die Besonderheit einzelner Rechtsverhältnisse und Rechtsfälle. Hier sind verschiedenartige Dinge zusammengefasst: die Condiktionen, von denen es uns die Römer selbst sagen, die Rücksicht auf Zwang und Erschleichung bei Rechtsgeschäften, die bona fides bei der richterlichen Entscheidung gehören zweifellos zur aequitas im hergebrachten Sinne. Aber so steht es nicht mit dem Erbrechte der Blutsverwanten und der Formlosigkeit der Rechtsgeschäfte. Vielmehr liegen hier neue Rechtsanschauungen zu Grunde, die einer anderen, vielleicht höheren Entwickelungsstufe des Volkslebens entsprechen. Der Kampf des neuen Principes mit dem alten hat in diesen beiden Fällen bis auf Justinian gedauert, und währt im Grunde heute noch; gerade dadurch entsteht der Schein einer 'billigen' Ausnahme,

dass die neuen Grundsätze nicht folgerichtig durchgeführt werden. Wichtiger indessen sind zwei andere Punkte. Es ist allerdings 1) richtig, dass die Wissenschaft das XII-Tafelrecht im Sinne der Billigkeit ausgestaltet hat; sie hat auch andere republikanische Gesetze ähnlich 'entwickelt', z. B. die lex Aquilia. Sie hat wie Bentham eine 'Fülle von Dingen' im Gesetze gefunden. Zum Teil ist das ihr Verdienst. Sie hatte keine 'Materialien', die den freien Flug ihrer Auslegungskunst in eine bestimmte Richtung hätten zwingen können, und war selbst massgebend für die 'Präjudicien', nicht diese für sie; so konnte die Wissenschaft flott und ungehindert dem Wortlaute des Gesetzes 'unterlegen', was ihr rechtspolitisch notwendig oder angemessen erschien. Aber auf der anderen Seite muss da, wo man etwas finden soll, auch irgend etwas zu finden sein. Ueber diese geheimnisvolle Triebkraft der XII Tafeln erfahren wir bei F. nichts: die Satzungen werden als 'klar, bündig, feierlich' gerühmt, es wird eine Offenbarung der juristischen Begabung darin gesehen (S. 6); aber ihr Wesen wird nicht geschildert. Stellen sie etwa allgemeine Grundsätze auf, die die interpretatio erst praktisch durchführen und durchbilden muste (Puntschart)? Wenn nicht, was befähigte sie auf Jahrhunderte hinaus die Grundlage der Rechtsordnung zu bleiben? Aber F. wird, glaube ich, noch 2) in einem anderen Punkte der Gesetzgebung durch das von ihm aufgestellte Schema für die Entwickelung nicht gerecht. Sie bewegt sich niemals auf rein privatrechtlichem Boden, sondern muss notwendig allgemeine politische und soziale Ziele verwirklichen oder doch mit anstreben. Ueber die politische Bedeutung der XII Tafeln hören wir nichts: die ausschliessliche Zuständigkeit der Centurien zu Urteilen über Leben und Tod (9, 2), die Freigebung der Genossenschaften (8, 28) wird nicht berührt: — oder denkt F. über beide Bestimmungen anders als die herschende Meinung? Dann wäre es um so erwünschter gewesen, wenn er dies angedeutet hätte. Bei der sog. privatrechtlichen Gesetzgebung der späteren Republik wird darauf hingewiesen, dass sie von allgemein politischen Erwägungen getragen werde (S. 12). Das hätte sich wol noch näher ausführen lassen. Freilich wäre es dann erforderlich gewesen, die Gesetze nach den verschiedenen Perioden auseinander zu halten. Und das ist nicht immer ganz leicht, da wir die Zeit ihrer Entstehung vielfach nicht kennen. Die lex Cincia und Furia testamentaria sind beide aus der Zeit nach dem hannibalischen Kriege; ebenso auch die lex Plaetoria. Alle drei tragen das deutliche Gepräge der engherzigen Kaufmannsgesinnung (Mommsen, röm. Geschichte 1, 860 f.) und des wolwollenden Bevormundungssystems jener Tage. Ich zweifle nicht, dass die naheverwanten Bürgschaftsgesetze (Gaius 3, 120 sqq.), welche liberal übernommene Verbindlichkeiten weniger drückend zu machen suchen, derselben Periode angehören. Man pflegt sie viel früher zu setzen (auch Ferrini S. 11): aber die Ansätze Rudorffs (RG. 1, 50) stehen vollkommen in der Luft, seitdem aus Gai. 4, 25 die lex Valeria zu Gunsten der Vallia verschwunden ist. Die lex Apuleia ist älter als die lex Furia: da aber jene schon Provinzen voraussetzt

(Gaius 3, 122), so kann sie nicht von 390 v. Chr. stammen. Die lex Falcidia, die F. zu diesen Gesetzen zählt, gehört einer anderen Zeit und einem anderen Anschauungskreise an. Und so hätte sich auch etwas ähnliches herausgestellt, wenn F. die kaiserliche Gesetzgebung seit dem letzten Drittel des 3. Jahrhunderts genauer hätte verfolgen mögen: die Einführung der quer. non num. pecuniae, die lex Anastasiana, die laesio enormis, das Verbot der lex commissoria, die Ungiltigkeit des Vertrages, dass der Veräusserer eines Grundstückes die Grundsteuer weiter zahle, die Ausdehnung des Selbsthilfeverbotes — um diese offensichtlich zusammengehörigen Neuerungen zu erklären, reicht man mit der aequitas nicht aus: es liegt ihnen allen die schwächliche Rücksicht auf die 'elenden Schuldner' zu Grunde; sie sollen gegen die Kapitalisten geschützt werden, welche auf ihr Bargeld gestützt, sie ausbeuten und unglücklich machen.

Ein anderes Bedenken habe ich II, gegen die Neigung F's., 'Systeme' der Gesetze und der wissenschaftlichen Schriften wiederherzustellen, Zusammenhänge unter ihnen und wechselseitigen Einfluss zu vermuten. Ich glaube, hier ist die bescheidenste Zurückhaltung geboten. Denn einmal verknüpfen die Alten ihre Gedanken in der juristischen Darstellung, vor allem aber die Sätze ihrer Verordnungen anders, als wir gewöhnt sind. Die Tafeln von Gortyn zeigen recht deutlich, wie bedenklich es ist, mit unseren Begriffen von der Ordnung eines Rechtssystemes an die antiken Arbeiten heranzutreten[1]). Und dann mag man versuchen, sich in den Plan der alten Schriften zu versenken, wo soviel Material, wie etwa für das Sabinussystem, vorliegt. Aber die kümmerlichen Bruchstücke, die wir meistens haben, zu einem Ganzen zusammenzuschweissen, lohnt wirklich der Mühe nicht: das Ergebnis bleibt ein unsicheres Bild. Freilich, es gibt sonderbare Leute, die ein 'System' für eine Art Zauberrute halten; hat man nur erst das 'vernunftgemässe System', z. B. des Pandektenrechts, dann sind die Schwierigkeiten glücklich gelöst. Als ob sich das System, d. h. der sachliche Zusammenhang der Einzelerscheinungen untereinander nicht immer erst aus der richtigen Auffassung der Einzelheiten bilden müste; als ob die Rechtsinstitute nur Eine Seite böten, von der aus man sie 'vernünftig' betrachten könnte, und nicht mindestens zwei, ihren Bau und ihren Zweck, oder, wie unsere 'gebildeten' Juristen sagen würden, die morphologische und die physiologische Seite. Etwas von diesen Anschauungen steckt auch in Ferrinis Buche: er verehrt die röm. Juristen so hoch, dass er es nicht ertragen kann, sie für 'unsystematisch' in unserem Sinne gelten zu lassen. Bei dem versuchten Wiederaufbaue indes ist er im Ganzen behutsam.

So den XII Tafeln gegenüber. Er meint (S. 7), jede Tafel habe eine bestimmte Anzahl abgeschlossener Satzungen enthalten, und es sei

[1]) Vgl. jetzt die Ausführungen von R. Schöll, Sitzungsberichte der bayer. Akad., phil.-hist. Kl. 1886. S. 87 f. über die solonische Gesetzgebung.

'nicht zu unwahrscheinlich', dass eine Tafel oder deren mehrere allemal einen Abschnitt des Gesetzbuches umfassten; danach stellt er die Ordnung nur in den allgemeinsten Grundzügen fest (S. 8). Ich bleibe dabei, dass die Voraussetzungen dieser Ausführung unsicher sind. Denn es ist 1) zweifellos, dass nach späterer römischer Uebung die Sätze einer lex über die Tafeln weggeschrieben werden, also sachlicher Abschnitt und Tafelende nicht zusammenfallen. War das bei den XII Tafeln anders? Die Tafeln von Gortyn brechen den Satz am unteren Tafelrande rücksichtslos. Man behauptet aber eine 'grosse und offenkundige Verschiedenheit' der XII Tafeln von den späteren Gesetzen. Worin besteht sie? Der Inhalt kann nicht in Betracht kommen; die Form zeigt allerdings kürzere Sätze; aber man sehe z. B. einen wie kurzen Satz die lex Mal. 62 bricht (vgl. auch c. 54 a. E.). Ob wirklich halbe Sätze am Ende der Tafel sich fanden, wissen wir natürlich nicht; darauf allein kommt es an, ob sie vorkommen durften, oder ob Sachabschnitt und Tafel stets zusammenfielen. Dafür beruft man sich 2) seltsam genug auf die Citate der XII Tafeln, namentlich auf Festus (p. 273): *in secunda tabula secunda lege.* Sonst kommt ein Citat nach der lex nicht vor, es wird nach der tabula citiert. Und das ist der sonstigen Weise entsprechend: Bücher werden im Altertume nur nach dem uolumen, nie nach der Zeile angeführt (Birt, Buchwesen S. 157 ff., S. 206 f.). Daher wäre Schölls Vorschlag (p. 121): *in secunda tab. XII legis* immerhin zu erwägen. Dass die XII Tafeln Ziffern trugen, wie jedes röm. Gesetz, versteht sich von selber; dass innerhalb der einzelnen Tafeln die 'leges' durch Absätze und Zwischenräume markiert waren, lässt sich mit aller Bestimmtheit annehmen. Beides fand sich in den Buchausgaben der Gesetze, nach denen die Citate gemacht wurden, genau ebenso wieder. Mir ist nicht verständlich, wie daraus etwas für das Zusammenfallen von Sachabschnitt und Tafel folgen soll[1]. Das Hauptargument bildet 3) der Commentar des Gaius in 6 Büchern; jedes Buch habe zwei Tafeln behandelt, also sei der Abschnitt mit der Tafel ausgegangen. Aber die Voraussetzung ist falsch: Processgesetze standen unzweifelhaft auch auf T. 3; denn B. 2 wird ein solches erläutert (D. 50, 16. 234, 1); ebenso muss Familienrechtliches auf T. 5 gestanden haben; denn Gaius behandelt es noch in B. 5 (D. 48, 5. 43). Es ist wirklich harmlos, nun die ganze T. 3 dem

---

[1]) Bei den commentarii, den Aktenbänden der Archive, wurde es mit den Citaten genau ebenso gehalten. So pron. Agr. (Bruns p. 257): descriptum et recognitum ex codice ansato L. Helui Agrippae procons ... in quo scriptum fuit it quod infra scriptum est, tabula V Ɔ (*ceris?* capitibus?) VIII et VIIII et X; commentarium cottidianum municipi Caeritum inde pagina XXVII kapite VI; inde pagina VIII kapite primo (Wilmanns 2083 = Or. 3787, 10. 33); Decret v. Oropos 58 (Hermes 20, 273): *ἐν τῷ συμβουλίῳ παρῆσαν οἱ αὐτοὶ οἱ ἐμ πραγμάτων συμβεβουλευμένων δέλτῳ πρώτῃ κηρώματι τεσσαρεςκαιδεκάτῳ*: dazu Mommsen S. 279 f. Danach könnten sogar die einzelnen Einträge beziffert gewesen sein. Aber man wird doch hieraus nicht schliessen wollen, dass die paginae Sachabschnitte enthielten.

Processe zuzuteilen, also anzunehmen, was man beweisen sollte; und auf T. 4 und 5 Familien- und Erbrecht als Eine Materie zusammenzufassen, während doch gerade die XII Tafeln durch Anerkennnng der Privattestamente die beiden Gebiete von einander getrennt haben.

Viel weniger vorsichtig ist F. gegenüber dem S. Aelius Paetus (S. 23 ff.). Der Bericht des Pomponius ist sehr einfach: *extat illius liber, qui inscribitur tripertita ...., quoniam lege XII tab. praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio* (§ 38). Daraus und aus einigen Aeusserungen Ciceros wird herausgelesen: das Werk des Aelius zerfiel in drei Teile; der erste enthält ein 'System' des XII-Tafelrechts (die Ordnung dieses Teiles gibt F. nicht an); der zweite behandelt die von der interpretatio geschaffenen Institute (Stipulation, Expensilation); der dritte, der auch als *ius Aelianum* bezeichnet wird, ist eine verbesserte und ergänzte Ausgabe des Klagspiegels des Flavius. Mir scheint alles das ohne jede Grundlage: 1) das Buch des Aelius ist nach Pomponius Ein uolumen, nicht ein Werk in drei Abteilungen; denn *liber* bedeutet — bis zum Gegenbeweise — Rolle, Band, nicht Werk. 2) Pomponius sagt, die XII Tafeln seien vorausgeschickt; das ist eine Ausgabe des Gesetzes, nicht eine Bearbeitung, sonst müste es etwa 'ius XII t.' heissen. 3) Daran wird eine (die) interpretatio 'geknüpft'. Dass es sich dabei um Worterklärung mit handelte, wissen wir (Cicero, de leg. 2, 59); dass die sachliche Erläuteruug der disputatio fori entnommen war, lässt sich denken (D. 19, 1. 38, 1). 4) Eine unrichtige Annahme ist es, dass Cicero, de or. 1, 193 das Buch des S. Aelius im Auge habe: *nam siue quem haec Aeliana studia delectant .... siue quem iuris ciuilis scientia.* Die Altertumsforschung wird dem Rechtsstudium entgegengesetzt; *haec Aeliana studia* kann Cicero nicht zur Bezeichnung von Studien oder gar von Schriften wählen, wenn er den alten Aelius Paetus vorher nicht erwähnt hat; wol aber ist die Wendung ganz und vollständig passend, wenn er auf die durch Aelius Stilo eben aufgekommenen grammatischen Bestrebungen hinweisen will: mit juristischen Dingen sich abzugeben ist förderlich und ergötzlich für den Altertumsfreund: ich denke, der Satz sollte auch für unsere Philologen noch gelten.

An sich wären ja solche Rekonstruktionen ungefährliche Phantasien; aber auf diesem 'älischen Systeme' wird weitergebaut. Während Q. Mucius und ihm folgend Labeo in seinen Pithana ein abweichendes 'System' aufstellen (S. 32, S. 57) ist das des Aelius 'natürlich mit vielen Abweichungen' (naturalmente con molte modificazioni) wiederzufinden in Labeos Posteriora (vielseitiger Mann, das! oder hat der Herausgeber des nachgelassenen Werkes die Anordnung getroffen?), und vor allem bei Sabin (S. 64 f.)[1]. Die 'Wiederherstellung' des Sabinussystemes lässt es sehr wünschenswert erscheinen, dass diese Frage einmal mit

[1]) Jetzt trägt freilich Landucci (storia del diritto R. p. 126 s.) als zweifellos vor: in den Pithana befolge Labeo das System des Aelius und des Q. Mucius, in den Posteriora 'weihe er die Ordnung ein' (iniziò quell' ordine), die später Sabin einhalte. Ein verwickelter Fall!



allen Hilfsmitteln in Angriff genommen werde. Was hier gegeben wird, ist sicher nicht das Sabinussystem: denn es zerfällt in vier partes und Sabin schrieb drei Bücher. Es widerspricht allem Gebrauche bei systematischen Werken, dass die Rolle und der Sachabschnitt in dieser sonderbaren Weise auseinanderfallen (Birt S. 127 ff., vgl. Rohde, GGA. 1882, S. 1540 ff.). Ferner sind die Abwandlungen des XII-Tafelsystems so erheblich, dass man nicht mehr sagen darf, Sabin folge diesem. Sabin beginnt bekanntlich mit dem testamentarischen Erbrechte. Dass er den Process vom Anfange entfernte, mag seinen Grund haben; aber auch das Familienrecht gieng in den XII Tafeln zweifellos dem Erbrechte voran. Es ist aber nach F. nicht bloss versetzt, sondern in mehrere Teile zerlegt (personae sui und alieni iuris, später tutela und cura, noch später per quas personas nobis adquiritur) und in der ersten pars verstreut.

Nach meinem Dafürhalten haben solche Aufstellungen für den Studenten gar keinen Wert, für den Gelehrten kann sie F. nicht bestimmt haben: er weiss zu gut, dass es dilettantische Spielereien sind. Drum hätte er besser getan, sie ganz wegzulassen.

B., December 1885. A. P.

The Roman Law of Damage to Property being a Commentary on the title of the Digest ad legem Aquiliam (IX, 2) by Erwin Grueber, Dr. iur. M. A. and reader in Roman Law in the University of Oxford. Oxford 1886. 288 Seiten.

Das vorliegende Buch ist zum Zweck der Einführung in das Studium der römischen Rechtsquellen geschrieben. Denselben Zweck verfolgt eine Reihe von Werken, die in den letzten Jahren in England erschienen sind, so 1880 ein Commentar von Muirhard zu Gaius und den Fragmenten Ulpians, 1883 ein Commentar zu den Institutionen von Moyle, 1884 ein Commentar zum tit. D. de usufructu von Roby [1]). Das Buch enthält eine Einleitung, in welcher die Grundsätze über Textkritik und Interpretation dargelegt werden, einen Commentar zu den einzelnen Fragmenten des Titels und eine systematische Darstellung der Lehre von den Sachbeschädigungen.

Der Commentar ist ausführlich und sorgfältig gearbeitet, der systematische Theil ist im Anschluss an die Monographie von Pernice klar und übersichtlich geschrieben, das ganze Buch bringt nicht viel Neues, ist aber für den Anfänger eine belehrende und anregende Lectüre. Es möge uns gestattet sein, einzelne Stellen, die uns aufgefallen sind, hervorzuheben.

[1]) Darüber H. Pernice, Zschr. f. RG., N. F., 6, 284 f.

Zu fr. 27 § 10 h. t. behauptet Grueber, dass die a. in factum nur deshalb zulässig sei, weil die durch den Ofen beschädigte Mauer im Miteigenthum der beiden Nachbarn steht. Stünde sie im Alleineigenthume des einen Nachbarn, so hätte dieser höchstens einen Anspruch auf cautio damni infecti. Diese sonderbare Unterscheidung soll darauf beruhen, dass nach römischer Anschauung Niemand verpflichtet sei, bei der Ausübung seines Eigenthums darauf zu achten, dass fremde Sachen keinen Schaden leiden. Dieser letztere Satz ist unrichtig; denn 'qui iure suo utitur nemini facit iniuriam' bedeutet nur, dass fremde Interessen, nicht aber dass fremde Rechte bei der Ausübung eigenen Rechts verletzt werden dürfen. Die Beschädigung fremder Sachen ist aber Rechtsverletzung. Ferner ist nicht einzusehen, warum eine gemeinsame Mauer einen stärkeren Rechtsschutz geniessen soll, als eine Mauer, die ganz dem Nachbarn gehört. Eher wäre das Gegentheil anzunehmen.

Die folgende Stelle fr. 27 § 11 h. t. 'Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere....; sed haec ita si culpa colonus careret' wird häufig als Argument dafür verwendet, dass der Herr in Contractsverhältnissen für seine Sklaven resp. Arbeiter unbedingt einzustehen habe. Auch Grueber sieht in der a. locati bei Schuldlosigkeit des Herrn einen Beweis für die Unbedingtheit der Haftung. Diese Interpretation ist für uns nicht überzeugend. Schon der Wortlaut (vel — vel) lässt vermuthen, dass die Worte 'ita ut colonus possit servos noxae dedere' sowohl auf die Miethsklage als auf die a. l. Aquiliae Bezug haben. Nun ist es aber eine wenig bemerkte, von Pernice, Labeo II. S. 317 nur beiläufig (in Bezug auf die act. contrariae) erwähnte Thatsache, dass Contractsklagen und dingliche Klagen, soweit sie dazu gebraucht werden, materiell deliktische Ansprüche zu verfolgen, zur noxae datio führen können. Die Möglichkeit der noxae datio ist nicht in der Formel ausgesprochen, sondern es liegt im officium iudicis, dem Beklagten diese Alternative freizustellen, so wie beim Interd. quod vi aut clam (Lenel, Edictum S. 388 Note 3). Beispiele der noxae datio kann man für fast alle Contractsklagen anführen, für die a. locati ausser unserer Stelle etwa noch fr. 11 pr. loc. Die Verfolgung deliktischer Ansprüche vermittelst Contractsklagen ist nach Pernice, Labeo II. S. 253 das Resultat einer langsamen historischen Entwicklung und noch in den Digesten finden sich widersprechende Entscheidungen. Wenn z. B. ein geliehener Sklave den Commodatar ohne Schuld seines Herrn bestiehlt, so gibt Africanus in fr. 62 § 6 de furtis dem Commodatar die a. commodati contraria (natürlich mit noxae datio), während Paulus in fr. 22 commod. die a. commod. verweigert und den Commodatar auf die a. furti verweist. Dies wird auch der Gegenstand der Controverse zwischen Sabinus und Proculus gewesen sein, von der uns die entsprechende Stelle der Collatio XII. 7 § 9 berichtet, und nicht, wie Grueber meint, der Umfang der Haftpflicht

des Herrn. So ist denn die vorliegende Stelle eher ein Beweis gegen als für die unbedingte Haftung des Herrn für seine Leute.

Fr. 27 § 21 h. t.: Si quis de manu mihi nummos excussit Sabinus existimat — si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. idem etiam in factum dari posse actionem ait. Grueber unterscheidet zwei Fälle: die a. furti soll gegeben werden, wenn der Thäter die Absicht hatte, dem Diebe behülflich zu sein; die a. in factum, wenn der Thäter diese Absicht nicht hatte. Das ist zweifellos die Ansicht Ulpians (cf. fr. 52 § 13 de furtis und die bekannte Regel in fr. 53 § 2 de V. S.: ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit). Dass dies die Ansicht des Sabinus nicht war, erscheint uns mindestens als wahrscheinlich. Denn schon der Text der Stelle macht den Eindruck, als ob Sabinus für die a. furti und die a. in factum sich denselben Thatbestand gedacht habe. Dass in diesen Thatbestand das consilium nicht nothwendig gehört, vielmehr das ope allein genügen kann, beweist eine Stelle des Sabinianers Pomponius fr. 36 pr. de furtis: eum qui persuasit (sc. servo fugam) quamvis interim furti non teneretur, tunc tamen incipere teneri, cum quis fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilio eius furtum factum. So scheint nach älterer Anschauung die Beihülfe, auch wenn sie nicht auf Vorsatz beruhte, mit der Strafe des Diebstahls belegt worden zu sein, während das neuere römische Recht in diesem Fall die Ersatzklage (a. in factum) für genügend hält.

Die letzten Worte des fr. 29 § 1: 'interest enim quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit' sind von Grueber falsch übersetzt. Protegere als verbum intransitivum ist nicht wie Grueber meint, gleich sese defendere, sondern gleich protectum facere. Indem Grueber einen zweiten Fehler hinzufügt (die Worte hic und ille falsch bezieht), gelangt er vermöge einer eigenthümlichen Culpacompensation zum richtigen Sinn der Stelle: der Grundeigenthümer darf den fremden Balken, der in seinen Luftraum hereinragt, nicht eigenmächtig zerstören, wohl aber einen Aquädukt, der citra servitutem auf seinem Grundstück angelegt worden ist, und zwar letzteres darum, weil der Aquädukt in sein Eigenthum übergegangen ist. Weshalb Pernice, Sachbeschädigung S. 42 annimmt, dass der Aquädukt im Eigenthum des Erbauers bleibt und nur in den Besitz des Grundeigenthümers gelangt, ist angesichts der anerkannten Regel omne quod inaedificatur solo cedit nicht recht verständlich. Ebenso erscheint es unrichtig, dass Pernice a. a. O. und Windscheid I. § 169 Nr. 7 es als Eigenthumsbeschränkung kraft Nachbarrecht auffassten, dass der Grundeigenthümer fremde Sachen, die in seinen Luftraum herüberragen, nicht selbst entfernen darf. Denn eine solche Beschränkung der freien Verfügung über den Luftraum besteht zu Gunsten aller, auch der nicht Nachbarn gehörenden Gegenstände, die sich auf einem fremden Grundstück befinden. Der Grundeigenthümer darf solche Sachen in der Regel nicht beschädigen (arg. fr. 39 § 1 h. t). Ein Recht dazu erlangt er nur unter besonderen Umständen. So darf er z. B. wenn ihm die fremde Sache Gefahr droht, das Recht

der Selbstvertheidigung ausüben. Im Uebrigen ist er auf die a. negatoria angewiesen.

Grueber findet einen Widerspruch zwischen fr. 30 § 3 und fr. 27 § 8. Er wundert sich darüber, dass in fr. 30 § 3 die a. in factum gegen denjenigen geht, der durch unvorsichtiges Verbrennen der Stoppeln auf dem eigenen Feld den Nachbarn beschädigt, während in fr. 27 § 8 die a. directa für den Fall gegeben werde, dass Jemand durch Anzünden des eigenen Hauses seinen Nachbarn Schaden zufügt. Nun ist aber thatsächlich in fr. 27 § 8 von dem viel wahrscheinlicheren Fall die Rede, dass ein fremdes Haus in Brand gesetzt wird und bei dieser Gelegenheit weitere Häuser Schaden leiden. Derselbe Thatbestand lässt sich in der entsprechenden Stelle der Collatio XII. 7 § 2 erkennen, wenn man sich nicht mit Grueber durch die überflüssige und nach unserer Ansicht falsche Conjectur Huschkes zu dieser Stelle irre leiten lässt. Dann ist auch der Grund leicht einzusehen, warum die Römer in dem einen Fall die a. directa, in dem anderen die a. in factum für zulässig halten: das Anzünden eines fremden Hauses ist ein urere iniuria; die dadurch begründete a. directa dient zum Ersatz des ganzen aus dieser That hervorgehenden Schadens. Dagegen ist das Verbrennen der Stoppeln auf dem eigenen Felde kein urere iniuria, sondern nur bei hinzutretender Nachlässigkeit ein iniuria causam incendii praestare. Daher in diesem Fall die a. in factum.

Mit fr. 45 § 5 h. t.: 'Qui idoneum parietem sustulit damni iniuria domino eius tenetur' weiss Grueber nichts anzufangen, da der Sinn der Stelle ihm zu selbstverständlich erscheint. Grueber sowenig als die Glosse und Dionysius Gothofredus haben bemerkt, dass das vorliegende Fragment vermöge seiner Inscription — Paulus l. X. ad Sab. — mit fr. 36 D. 39, 2 zusammengehört, welches letztere Fragment von der parietis communis demolitio handelt, der Befugniss des Miteigenthümers einer schadhaften Mauer, dieselbe einzureissen und auf gemeinsame Kosten eine neue Mauer herzustellen. Unsere Stelle, wie sie in den Digesten steht, meint eine Mauer, die nicht im Miteigenthum, sondern im Alleineigenthum des Nachbarn sich befindet. Das was die Stelle direct aussagt, ist freilich selbstverständlich. Aber, wenn man das Wort idoneus beachtet, so lässt sich a contrario aus der Stelle entnehmen, dass, wer eine fremde schadhafte Mauer einreisst, mit der a. legis Aquiliae nicht haftet, ein Satz, der mit fr. 7 § 4 quod vi aut clam 43, 24 und auch mit fr. 27 §§ 25—28 ad leg. Aquiliam 9, 2 übereinstimmt.

In der Frage, ob die lex Aquilia zu ihrem Thatbestand stets eine positive Handlung des Schuldigen voraussetze, oder ob auch Unterlassungen unter das Gesetz fallen, erklärt sich Grueber S. 209 mit der gemeinen Meinung für die erstere Ansicht. Auch er stützt sich vornehmlich auf fr. 13 § 2 de usufructu, die einzige Stelle, welche das Erforderniss des facere deutlich zu enthalten scheint. Die Versuche von Pernice, Sachbeschädigung S. 167 und Busch im Archiv für Civ. Pr. Bd. 45 S. 41, das Fragment so zu interpretiren, dass trotzdem auch

ein non facere zur Begründung der a. legis Aquiliae genügen soll, können nicht als gelungen gelten, um so weniger, als Pernice im Labeo Bd. II. S. 56 seine eigene Interpretation als unhaltbar zurückgenommen hat. Und doch möchte es uns scheinen, als ob das Fragment das, was die Meisten aus ihm herauslesen, nicht enthält. Liest man die entscheidenden Schlussworte: 'nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur' ohne an die Controverse zu denken, und fragt man sich nach dem Grunde, weshalb in den drei erwähnten Beispielen die a. legis Aquiliae versagt wird, so gelangt man zu folgender Ueberlegung: die a. legis Aquiliae ahndet die Uebertretung der allgemeinen gesetzlichen, zwischen Mensch und Mensch bestehenden Verpflichtung, fremde Sachen nicht zu beschädigen. Es ist aber Niemand gesetzlich verbunden, für fremde Sachen zu sorgen und sie in einem gedeihlichen Zustande zu erhalten. Eine solche Pflicht kann nur durch einen Vertrag oder ein vertragsähnliches Verhältniss zwischen zwei Menschen begründet werden, und wird mit den aus diesen entspringenden Klagen realisirt. In unserem Fall braucht der Niessbraucher als Mensch sich um das fremde Grundstück nicht zu bekümmern. Es genügt, wenn er es nicht beschädigt. Daher keine a. legis Aquiliae wegen Verwahrlosung des Grundstücks. Nur weil er durch Bestellung des Niessbrauchs zum Eigenthümer in ein specielles Verhältniss getreten ist, hat er das Grundstück in Stand zu halten. Dieser Pflicht entspricht die Klage aus der cautio usufructuaria. Unser Fragment handelt also vom Gegensatz zwischen gesetzlichen und kontraktlichen Pflichten, nicht zwischen facere und non facere. Diese letztere Unterscheidung kommt im classischen Recht vor, z. B. bei der Haftung des reus promittendi fr. 91 pr. D. 45, 1 und auch auf dem Gebiet der l. Aquilia, indem die a. directa aus diesem Gesetz ein urere rumpere frangere, d. h. ein facere voraussetzt. Aber mit der Ausdehnung der Klage hat man sich über dies Erforderniss hinweggesetzt und in fr. 27 § 9 D. 9, 2 wird eine a. ad exemplum Aquiliae für zulässig erklärt, obgleich der Beklagte nihil fecit.

Dr. A. v. Tuhr.

Von der Savigny-Stiftung.

(IV, 164.)

I.

Bericht

an die Akademie der Wissenschaften in Wien.

Für eine möglichst vollständige Zusammenstellung der im Zeitalter der Reception des römischen Rechtes an den italienischen Rechtsschulen nachweisbaren deutschen Studenten dürften nach meiner Auffassung nur jene in Betracht kommen, welche die daselbst erworbene oder erweiterte Kenntniss der fremden Rechte nach ihrer Rückkehr in verschiedenen Lebensstellungen bethätigten und dadurch — jeder in seinem Kreise — dem römischen Recht in Deutschland zur Anwendung verhalfen.

Unter dieser Voraussetzung würde die Arbeit das Substrat zu ähnlichen Untersuchungen für das ganze ehemalige deutsche Reich bilden, wie solche Stölzel im speciellen Theil seines bahnbrechenden Werkes über die Entwicklung des gelehrten Richterthums beispielsweise für das vormals hessen-kasselsche Gebiet geliefert hat.

Was aber den Umfang und die Form für die Ausführung der Arbeit betrifft, so ist ausser der Beschaffenheit der vorhandenen Quellen das Verhältniss zu einem verwandten Unternehmen, dessen Veröffentlichung durch die k. Akademie der Wissenschaften in Berlin bereits im Zuge ist, in Berücksichtigung zu ziehen.

Unter den Quellen wären an erster Stelle jene amtlichen Verzeichnisse der Studirenden zu nennen, welche im Auftrage des jeweiligen Rectors, Prorectors, Syndicus u. s. w. für die Zwecke der Universität geführt wurden. Dieselben sind jedoch für die ältere Zeit mit wenigen Ausnahmen verloren gegangen, eine leidige aber wahre Auskunft, welche schon Stölzel auf seine Anfrage aus Italien erhalten hat. Doch sind immerhin von ihnen noch brauchbare Bruchstücke, zumal vom 16. Jahrhundert herwärts vorhanden; nur darf man nicht übersehen, dass die deutschen Namen von den italienischen Notaren nicht selten bis zur Unkenntlichkeit entstellt wurden.

Dieser Umstand lässt uns den Verlust solcher Namenslisten dort weniger bedauern, wo uns in den Matrikeln, welche von den Nationen der Universität über ihre Angehörigen geführt wurden, ein ergiebiger Ersatz geblieben ist. Dergleichen Matrikeln sind nur von der deutschen Nation zu Bologna, Padua und Siena bekannt und da dieselben entweder durch eigenhändige Einzeichnung der Aufgenommenen hergestellt wurden oder mindestens von deutschen Abschreibern stammen, so bieten sie auch weniger Anlass zu Missverständnissen als jene. Nur ist bei deren Verwendung zu berücksichtigen, dass in den Nationsmatrikeln neben den eigentlichen Studenten auch noch andere Personen, wenn auch in viel geringerer Anzahl genannt werden, indem manche Einträge nur ehrenhalber geschahen und wieder andere um der materiellen Vortheile willen erfolgten, welche kraft bestehender Privilegien mit der Aufnahme in den Nationsverband erworben wurden. Die nämliche Erscheinung begegnet uns übrigens aus dem zuletzt angegebenen Grunde auch in den amtlichen Listen der Rectoren.

Ausserdem gibt es noch eine Anzahl anderer Quellen, welche zwar an sich viel weniger darbieten als die angeführten, welche aber demungeachtet für die Vervollständigung der Namensreihe benützt werden müssen. Hierher gehören:

a) Verschiedene Acten und Verzeichnisse der Universitäten und Nationen als: Prüfungsprotokolle, Doctorenlisten, Vormerkungen über die Aufnahme von Studirenden in bestehende Convicte, Studentenannalen, Briefbücher, Rechnungen u. dgl. m.
b) Die von Studirenden geführten Stammbücher, eine Quelle, aus welcher bereits Stölzel in seinem Werke eine ansehnliche Namensreihe zusammenstellte, obwol er im Ganzen nur 7 solcher Gesellenbüchlein eingehender benützt hat.
c) Mancherlei brauchbare Daten finden sich ausserdem in Familienschriften, Lebensbeschreibungen und anderen zerstreuten Notizen, Beweis die mühsame Zusammenstellung Muthers in Beilage 1 zu den Aufsätzen über Geschichte der Rechtswissenschaft und der Universitäten in Deutschland.

An handschriftlichen Quellen besitze ich, nebst vielen Vormerken, Abschriften und Auszügen von Stammbüchern und Aktenstücken mancherlei Art, insbesondere:

Für Padua:

a) Die Bruchstücke der Matrikel des Legistenrectors, soweit solche aus dem 16. Jahrhundert noch vorhanden sind und die deutsche Nation betreffen.
b) Die Matrikel der deutschen Rechtshörer von ihrem Beginn (1546) bis zum Jahre 1630 mit 8672 Einträgen, ausserdem Auszüge für die Jahre 1631—1729.

c) Auszüge aus der Matrikel der deutschen Artisten zu Padua von 1553—1648.

d) Den ersten Band der Studentenannalen 1546—1601 und des Briefbuchs der deutschen Nation juridicae facultatis (1579—1588) theils in Abschrift, theils in erschöpfendem Auszug.

Für Siena:

a) Die vollständige Abschrift der Nationsmatrikel von 1573 bis 1704 mit nahezu 10,000 Einträgen, von welchen 6358 auf die Zeit bis 1630 entfallen.

b) Fünf Rechnungsbücher (mit Unterbrechungen von 1573 bis 1704) und

c) das Briefbuch der deutschen Nation (1576—1604), beides theils in Abschrift, theils in erschöpfendem Auszug.

d) Die Namensreihe der deutschen Studenten, welche im Collegium della Sapienza während der Jahre 1563—1580 und 1600—1625 Aufnahme gefunden hatten.

e) Den Anfang eines Auszugs aus den Prüfungsprotokollen von Siena, welche bis in das letzte Viertel des 15. Jahrhunderts zurückreichen.

Für Pisa:

Einen erschöpfenden Auszug aus den erhaltenen Pisaner Matrikeln von 1544—1629.

Für Bologna:

Eine theilweise Abschrift der Nationsmatrikeln, die Jahre 1546—1591 umfassend, mit nahezu 2000 Einträgen.

Über das Bologneser Material darf ich zur Stunde nur beschränkt verfügen, ich hoffe jedoch vom Eigenthümer die unbedingte Benützung desselben zu erlangen, da die kgl. Akademie zu Berlin nur die Herausgabe des ersten Bandes der Annalen beabsichtigt.

So umfänglich das bisher schon gesammelte Material ist, so ist es noch mancher Vervollständigung fähig, welche aber fast nur auf dem Wege der Bereisung gewonnen werden könnte, weil die Entlehnung von Handschriften aus Italien meist unstatthaft, mindestens sehr erschwert ist. Zudem wären noch Nachforschungen in den Archiven einzelner Universitätsstädte zu pflegen, welche ich bisher nicht untersuchen konnte, z. B. in Ferrara, anderseits Ergänzungen nach vorhandenen Vormerkungen zu Siena, Bologna, Pavia, Mailand u. s. w. vorzunehmen.

Der Anlage nach könnte man das Werk auf die Herausgabe des gesammelten Quellenmaterials beschränken, oder man könnte damit sofort irgend eine Verarbeitung des Stoffes verbinden.

Würde der erste Weg eingeschlagen, so müsste man das Quellenmaterial nach den einzelnen Universitätsstädten gesondert behandeln, etwa indem man die betreffenden Matrikeln ganz oder

im Auszuge abdrucken würde. Ergänzungen aus dem übrigen Quellenstoff könnten mit anderer Schrift in den Text eingerückt werden, oder wären als Anhänge oder Anmerkungen zu bringen. Abgesehen von dem Falle, in welchem nur die Herausgabe einer bestimmten Matrikel beabsichtigt wird, wäre der geschilderte Vorgang — falls die geforderte Vollständigkeit erreicht werden soll — nur unter der einen Voraussetzung zu empfehlen, dass die Hauptquellen in den angeführten Namen wenig Gemeinsamkeit aufweisen. Erwägt man nun, dass die kgl. Akademie der Wissenschaften zu Berlin die Herausgabe der Bologneser Annalen vom 13. bis zur Mitte des 16. Jahrhunderts schon in Angriff genommen hat, so entfällt der Hauptanlass, um meine Arbeit gleichfalls auf einen Quellenabdruck zu beschränken. Denn das übrigbleibende und mir zur Verfügung stehende Material für Padua, Pisa, Siena, Bologna u. s. w. gehört weitaus überwiegend der nämlichen Zeit seit der Mitte des 16. Jahrhunderts an, in welcher es Mode wurde, seine peregrinatio academica auf den Besuch mehrerer Universitäten auszudehnen. In Folge dessen begegnen wir zum guten Theil den gleichen Personen in den Matrikeln verschiedener Universitäten. Ein blosser Quellenabdruck würde daher die zwei-, drei- und mehrmalige Wiederholung vieler Namen bedingen und demungeachtet aller Übersichtlichkeit entbehren, welche erst durch ein zusammenfassendes Register gewonnen werden könnte.

Aus diesen Gründen würde sich für das in Rede stehende Werk die Form eines mit kurzen biographischen Notizen ausgestatteten Repertoriums empfehlen, wofür als Muster die alphabetische Matrikel der Studirenden aus dem Lande ob und unter der Enns dienen mag, welche ich in einer soeben der h. kaiserl. Akademie der Wissenschaften für ihre Bibliothek direct überreichten Vorstudie: ‚Österreicher an italienischen Universitäten zur Zeit der Reception des römischen Rechts‘ veröffentlicht habe[1]).

Dem entsprechend würden alle innerhalb eines gewissen Zeitraums an italienischen Universitäten erkundeten deutschen Rechtshörer nach ihren Geschlechtsnamen in Gruppen zusammengefasst und letztere alphabetisch aneinander gereiht werden. Innerhalb jeder dieser Gruppen würde ich die nachgewiesenen Personen chronologisch aufführen und bei jeder nicht allein alle Inscriptionsdaten aus Italien, sondern auch kurze Notizen, zumal über die später erlangte Lebensstellung unter Angabe der Quellenbelege beibringen.

Da es jedoch unter Umständen dem Forschenden von Wichtigkeit sein kann, für eine Anzahl von Personen das Neben- oder Nacheinander an einer Universität zu erfahren, und ein

[1]) Dieselbe erschien in den Blättern des Vereins für Landeskunde von Niederösterreich, Jahrgang 1880—1885.



Repertorium möglichst handlich sein soll, so möchte ich — nach dem früher erwähnten Muster — stark gekürzte Übersichten für die Personen ausarbeiten, welche Jahr um Jahr an den einzelnen Universitäten nachweislich sind. Entweder in der Einleitung oder in einem abgesonderten Bande wären überdies die Ergebnisse zusammenzufassen, welche sich mir bei Bearbeitung des gewaltigen Materials aufdrängen würden, Nachrichten über die Heimatsverhältnisse der Studirenden, die Stände, welchen sie angehört haben, das Lebensalter, in welchem sie nach Italien kamen, die Dauer ihres Aufenthalts an den Universitäten, den muthmasslichen Studiengang u. dgl. m.

Für die Begrenzung des Stoffs aber wären folgende Gesichtspunkte massgebend.

a) Die untere Zeitgrenze ist soweit herabzurücken als anzunehmen ist, dass der Besuch der italienischen Universitäten durch deutsche Rechtshörer für die Reception des römischen Rechts in Deutschland auf dem Wege der Praxis noch von Bedeutung sein kann. Der Zeitpunkt, in welchem dies aufhörte, wird voraussichtlich hier früher dort später eingetreten sein, indessen dürfte das Jahr 1630 als äusserste Grenze genügen, wenn man die Ausführungen Stölzels (z. B. I, 599, 602, 604) berücksichtigt, welche auch für Oesterreich ob und unter der Enns durch meine früher genannte Vorstudie ihre Bestätigung fanden. Ausserdem bildet das Pestjahr 1630 geradezu einen Wendepunkt in der Geschichte der italienischen Universitäten. Theils aus Furcht vor der Seuche, theils unter den Folgen des dreissigjährigen Krieges verschwinden mit einem Male und dauernd die Besucher aus Deutschland an den italienischen Universitäten. Wer seither an denselben noch erscheint, den führen in der Regel andere Beweggründe nach Italien als die Vervollkommnung in der Rechtswissenschaft. Beweis dafür, dass jetzt der höhere Adel unter den Besuchern überwiegt und dass von diesen jetzt ein weit geringerer Prozentsatz als ehedem eine amtliche Laufbahn einschlug.

b) Nachdem von Seite der kgl. Akademie der Wissenschaften zu Berlin für die Veröffentlichung der Bologneser Matrikel u. s. w. bis zum Jahre 1557 schon vorgesorgt ist, so wäre meine Arbeit zur Ergänzung derselben so einzurichten, dass durch beide Werke sämmtliche Namen von deutschen Rechtshörern umschlossen würden soweit solche bis zum Jahre 1630 an italienischen Universitäten erweislich sind. Zwecklose Wiederholungen wären dabei zu unterlassen. Es würden daher die Namen von Studirenden, welche in der durch die kgl. Akademie der Wissenschaften zu Berlin veröffentlichten Bologneser Matrikel u. s. w. erscheinen, von mir nur dann zum Wiederabdruck gebracht werden, wenn ich in der Lage sein sollte, deren Aufenthalt auch an anderen italienischen Universitäten nachzuweisen. Ich nenne als Beispiel

unsern Bernhard Walther, welcher um 1538 zu Bologna immatriculirt war, jedoch seine Studien zu Pavia vollendete, wo ihm auch der Doctorhut zu Theil wurde. Nur für die Jahre 1546 bis 1557 würde ich von dem soeben ausgesprochenen Grundsatz eine Ausnahme machen, damit ich vom Beginne der Paduaner Matrikel bis zum Jahre 1630 alle überhaupt erreichbaren Namen vereinigen kann. Es handelt sich dabei höchstens um hundert Namen, welche unter den übrigen 12—15000 Einträgen verschwinden.

c) Es erübrigt noch die Frage, was mit den vergleichsweise seltenen Eintragungen geschehen soll, welche Ehren halber u. s. w. von durchreisenden Standes- und Amtspersonen vorgenommen wurden. Ich würde sie der Vollständigkeit wegen aufnehmen, da deren Erweis in einzelnen Fällen schwierig sein dürfte und die Einzeichnung überdies biographischen Werth für die Geschichte von Staatsmännern, Gelehrten u. s. w. haben kann. Dagegen wären dieselben durch liegende Schrift oder in anderer Weise im Druck von den Namen der eigentlichen Rechtshörer zu unterscheiden.

Offen muss ich die Frage lassen, in wieweit eine Ausscheidung der studirenden Nichtjuristen aus den Namensreihen der Matrikeln von Bologna und Siena angestrebt werden soll, indem an beiden Orten auch Artisten, Mediciner und Theologen in die einheitliche Matrikel der deutschen Nation aufgenommen wurden. Der Versuch der Aussonderung könnte gemacht werden, wenn man die Artisten-Matrikel von Padua zur Vergleichung heranziehen und alle Einträge weglassen wollte, welche dieser mit den Nationsmatrikeln von Siena und Bologna gemeinsam sind. Der Erfolg wäre demungeachtet nicht ganz sicher, weil mancher zu Padua Artist gewesen sein kann, welcher dann zu Bologna oder Siena Rechtsstudien betrieb, wie ja bekanntlich im 16. Jahrhundert sogar die Vereinigung akademischer Grade verschiedener Facultäten gar nicht ungewöhnlich war.

Graz, am 20. Februar 1886.

Prof. Dr. Arnold Luschin von Ebengreuth.

II.

Gesammtsitzung

der Akademie der Wissenschaften in München

am 26. Juni 1886.

Nachdem vom Curatorium der Savigny-Stiftung zu Berlin unserer Akademie eine Jahresrente genannter Stiftung im Betrage von 4200 Mk. zur Verfügung gestellt worden, beschloss dieselbe auf Antrag der bei ihr bestehenden „Commission für die Savigny-Stiftung“ folgende Preisaufgabe zu stellen:

Der Antheil, den die leges, plebiscita und senatusconsulta der vorclassischen und classischen Zeit an der Gestaltung des römischen Civilrechtes gehabt, die Gründe aus welchen und die Art in welcher sie in dieselbe eingegriffen haben, sollen im Gegenhalte zu dem Antheil, den die Jurisprudenz an der Rechtsbildung gehabt, nachgewiesen und dargestellt werden.

Die Preisbewerbung, von welcher nur die einheimischen ordentlichen Mitglieder der königl. bayrischen Akademie der Wissenschaften ausgeschlossen sind, ist an keine Nationalität gebunden, doch dürfen die Bearbeitungen der Preisaufgabe nur entweder in deutscher oder lateinischer oder englischer oder französischer oder italienischer Sprache verfasst sein.

Der unerstreckliche Einsendungstermin der Bearbeitungen, welche an die königl. bayrische Akademie der Wissenschaften zu München zu adressiren sind und an Stelle des Namens des Verfassers ein Motto tragen müssen, welches an der Aussenseite eines mitfolgenden den Namen des Verfassers enthaltenden verschlossenen Couverts wiederkehrt, ist der 1. August 1889.

Der Preis von 4200 Mk. wird erst dann ausbezahlt, wenn die Veröffentlichung der Preisschrift durch den Druck bewirkt ist.


32101 047969157

